

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto e nuove tecnologie: indirizzo bioetica

Ciclo XXV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/H3

Settore Scientifico disciplinare: IUS/20

**ATTUALITÀ DEL DIVIETO ASSOLUTO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA
ETEROLOGA IN ITALIA E PROSPETTIVE DI SUPERAMENTO**

Presentata da: dott. Maria Alessandra Iannicelli

Coordinatore Dottorato

Prof. Giovanni Sartor

Relatore

Prof. Luigi Balestra

Esame finale anno 2013

INDICE

| | |
|----------|---|
| PREMESSA | 1 |
|----------|---|

CAPITOLO PRIMO

La procreazione medicalmente assistita eterologa nel contesto europeo.

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduzione | 5 |
| 1. Le tipologie di procreazione medicalmente assistita. | 8 |
| 2. La questione della liceità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. | 10 |
| 3. Le fonti di diritto internazionale e le normative vigenti in Europa in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa. | 20 |

CAPITOLO SECONDO

La normativa vigente in Italia in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa: profili civilistici e dubbi interpretativi.

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La Legge 19 febbraio 2004, n. 40 ed il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia. | 37 |
| 2. Il consenso prestato dai coniugi o conviventi. | 50 |

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. I divieti di disconoscimento di paternità e di anonimato della madre. | 56 |
| 4. Il diritto del nato da fecondazione eterologa di conoscere le proprie origini biologiche. | 67 |

CAPITOLO TERZO
L'iter giurisprudenziale favorevole al
superamento del divieto assoluto di
procreazione medicalmente assistita eterologa
in Italia.

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La incompatibilità del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, sent. 1° aprile 2010). | 77 |
| 2. La non manifesta infondatezza del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa (Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010; <i>contra</i> , Trib. Salerno, ord. 20 ottobre 2010). | 86 |
| 3. <i>Segue</i> . L'ulteriore rinvio alla Consulta sul divieto di fecondazione eterologa (Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011). | 97 |

CAPITOLO QUARTO

La questione ancora “aperta” sulla legittimità costituzionale del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia.

1. La legittimità del divieto per legge del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa (Grande Camera CEDU, sent. 3 novembre 2011). 102
2. La procreazione medicalmente assistita eterologa al vaglio della Consulta (Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150). 110
3. I nuovi rinvii alla Consulta sul divieto di fecondazione eterologa dopo l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 150/2012 (Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 9 aprile 2013; Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013). 116

CONCLUSIONI

Considerazioni sul superamento del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia.

1. La previsione in Italia di una normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa. 124
2. L'auspicabile tramonto del c.d. “turismo procreativo”. 132

BIBLIOGRAFIA

IV

PREMESSA

La presente ricerca si fonda su un'attenta ed approfondita analisi della normativa vigente in Italia in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), con particolare riferimento al divieto assoluto di PMA eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, L. 19 febbraio 2004, n. 40, consentita invece – sia pure con la previsione di limitazioni differenti – nella quasi totalità dei paesi europei.

L'interesse per l'oggetto della tematica prescelta muove da un dato essenzialmente fenomenico: il ricorso alle tecniche di PMA è sempre più frequente a causa di una costante crescita dei tassi di infertilità e sterilità¹. È per questo motivo che molte coppie accettano di intraprendere un percorso non facile, dagli esiti incerti, non privo di rischi e conseguenze per la loro salute fisica e psichica, essendo spesso costrette ad eludere la normativa italiana recandosi all'estero, nei paesi in cui la fecondazione eterologa è ammessa, pur di concepire un figlio e diventare così genitori.

La legge italiana, nel vietare le tecniche eterologhe, sacrifica la libertà delle persone che vorrebbero fare ricorso ad esse in omaggio alla “naturalità” della procreazione, secondo una particolare concezione etica

¹ Secondo C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, 2^a ed., Bologna, 2011, 10 ss., la crescente diffusione di infertilità e sterilità rispetto ad alcuni decenni or sono dipende da diversi fattori: sono molto aumentate le malattie infettive a trasmissione sessuale (causa frequente di infezioni pelviche e di sterilità meccanica); è diffuso il ricorso all'aborto volontario e all'uso di anticoncezionali endouterini (ulteriori possibili cause di sterilità meccanica); molte donne rinviando la ricerca del primo figlio ad età in cui sono più frequenti gli aborti e sono diminuite le probabilità di concepire. Non si deve sottovalutare, infine, la circostanza che molte persone – oggi – sono colpite da forme tumorali in età ancora giovanile e sopravvivono alla malattia, dovendo però far uso di farmaci che le rendono sterili o ipofertili.

della famiglia e del rapporto di coppia, che può essere sì rispettabile, ma non imposta per legge a chi non la condivide².

L'autonomia delle persone, negli ambiti che riguardano la sfera fisica, la famiglia, la sessualità e la procreazione, costituisce ormai un principio irrinunciabile a livello statuale e sovranazionale.

Dalla L. n. 40/2004 emerge, invece, una pericolosa inversione rispetto alle linee di tendenza che, a partire dalle leggi sul divorzio, sull'aborto, sulla riforma del diritto di famiglia, hanno caratterizzato l'evoluzione dei rapporti tra Stato e famiglia, attuatasi nel segno della c.d. "privatizzazione" dei rapporti familiari e del rispetto delle scelte personali nel campo della famiglia, della sessualità, della procreazione³.

Il diritto, come affermava – già nel lontano 1984 – la filosofa britannica Mary Warnock, nominata poi presidente della Commissione di inchiesta sulla fecondazione umana e sull'embriologia, «non è né può essere espressione di un sentire morale. Deve applicarsi a chiunque, indipendentemente dai sentimenti di ognuno, deve essere intellegibile e deve poter essere fatto rispettare»⁴.

Di rimando, il giurista Paolo Zatti ha osservato che «un buon sistema giuridico non proclama valori che non possa, nei limiti del ragionevole, realizzare. E soprattutto, non proclama valori con prescrizioni che inducono

² Cfr. S. RODOTÀ, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1994, VII ss.; ID., *Strategie per legiferare in bioetica*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1994, 122 ss.; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 101 ss.; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 72 ss..

³ Si veda G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999.

⁴ M. WARNOCK, *Introduzione a A question of life*, trad. it., in G. Ferranti e S. Maffettone (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Napoli, 1992, 293 ss..

comportamenti di fuga, di clandestinità, di cancellazione di fatto della regola enunciata»⁵.

In una materia che coinvolge la sfera più intima e personale della vita privata e familiare, quale quella della PMA, il legislatore avrebbe dovuto operare con misura, individuando soluzioni ragionevoli ed equilibrate nel rispetto della pluralità di etiche contrapposte ed interessi in conflitto, evitando di imporre modelli fortemente influenzati da certe opzioni morali e caratterizzati da molteplici divieti che consentono di determinare residualmente l'area della liceità. Così non è stato.

Il divieto assoluto di fecondazione eterologa viene giustificato in base ad un supposto principio costituzionale di naturalità della procreazione, a ben vedere discutibile.

Del resto, le perplessità che legittimamente ciascuno di noi può nutrire in merito all'opportunità di ricorrere alla PMA eterologa⁶ non bastano per imporre dall'alto a tutti i cittadini un divieto indiscriminato⁷.

Occorre, inoltre, considerare che l'inseminazione eterologa – come si evince chiaramente dall'analisi condotta nel capitolo I della presente tesi – è ammessa nella quasi totalità dei paesi europei. E che uno dei principi

⁵ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 71.

⁶ In particolare, si sottolinea il rischio di mettere in crisi l'equilibrio della coppia, focalizzando l'attenzione sulle zone d'ombra, sui rischi per la formazione della personalità del figlio nato da fecondazione eterologa o sul fantasma del donatore che può incombere su questa vicenda familiare.

⁷ Per una critica del divieto e, soprattutto, dell'impiego della sanzione penale, si veda S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori e opzioni ideologiche*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 57 ss.. Osserva l'Autore che «un modello di diritto penale consapevole del suo carattere sussidiario ed ispirato al principio di laicità, in grado di conservare una concezione liberale o critica del bene giuridico, non può tollerare l'incriminazione di fatti privi di dannosità sociale, che si limitano ad essere in contrasto con una determinata visione etica e religiosa della “giusta” fecondazione».

fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 45 ss. TFUE) è quello della libera circolazione, all'interno dell'Unione, delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi. La libertà di circolazione dei servizi comprende anche quella di ottenere servizi sanitari in un altro Stato membro. Ciò, dunque, rende possibile l'accesso, in altro Stato, alle tecniche di riproduzione vietate nel paese di appartenenza; motivo per cui, il divieto assoluto di PMA eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, L. 19 febbraio 2004, n. 40, viene oggi fin troppo agevolmente aggirato, potendo un cittadino italiano ottenere in un altro paese europeo quei servizi che in Italia sono vietati.

Attraverso una capillare analisi della recente giurisprudenza nazionale ed europea, la presente ricerca mira, pertanto, a valutare possibili prospettive di superamento del divieto assoluto di PMA eterologa previsto dalla L. n. 40/2004.

I risultati a cui la presente indagine ha consentito di pervenire dimostrano quanto sia opportuna l'adozione in Italia di un "modello liberale", in cui sia lecita anche la fecondazione eterologa (con la necessaria previsione di limiti e condizioni volti a tutelare primariamente il superiore interesse del nascituro), onde consentire l'adeguamento al nuovo concetto di "genitorialità" ormai prevalente e l'arresto del c.d. "turismo procreativo".

CAPITOLO PRIMO

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA NEL CONTESTO EUROPEO.

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Le tipologie di procreazione medicalmente assistita. – 2. La questione della liceità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. – 3. Le fonti di diritto internazionale e le normative vigenti in Europa in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa.

Introduzione

L'impiego delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), sebbene risalga alla fine del Settecento⁸, è stato fino alla metà avanzata del secolo scorso un fenomeno limitato e marginale.

Il ricorso alla PMA è divenuto frequente alla fine degli anni Settanta, sia a seguito di tecniche sempre più sofisticate che hanno consentito il passaggio da una manipolazione terapeutica “conservativa” ad una manipolazione, ben più radicale, “trasformativa”⁹, sia a causa di un significativo mutamento sociale in seno alla famiglia che ha consentito una diversa visione della filiazione, meno legata al carattere naturalistico.

⁸ Notizie di inseminazione omologa risalgono al 1780, anno in cui l'inglese David J. Hunter – per la prima volta – raccomandava l'uso dell'inseminazione con seme del marito nelle coppie sterili; i primi risultati clinici sono stati pubblicati dal francese Michel Augustin Thouret nel 1803. Per una ricostruzione storica della fecondazione assistita, si veda C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., 32 ss..

⁹ La prima fecondazione *in vitro* di un ovocita femminile fu ottenuta a Melbourne nel 1973; il primo successo totale fu però conseguito soltanto nel luglio del 1978, quando in Inghilterra nacque Louise Brown, mediante un procedimento di fecondazione *in vitro* eseguito da Robert Edwards e Patrick Steptoe.

Grazie ai progressi della scienza e delle nuove tecnologie di riproduzione le coppie che, per ragioni sterilità¹⁰ o infertilità¹¹, non riescono a concepire un figlio possono diventare egualmente genitori, realizzando – così – una delle più profonde aspirazioni, intime e personali, di ogni essere umano.

“Procreazione per scelta” potrebbe essere definita la PMA¹², giacché è la decisione degli interessati che porta alla nascita di un figlio. È indubbiamente una decisione difficile, che mette in discussione la persona non solo nella sua corporeità, ma nella sua identità di genere, oltre che nei rapporti con la famiglia e nelle relazioni sociali.

Il riconoscimento della libertà ed autonomia delle persone nel campo della procreazione e della famiglia è l'esito di un processo storico in cui viene progressivamente affermandosi il principio di laicità dello Stato, uno Stato che non ha una sua visione etica da proporre a tutti i cittadini, ma che è invece rispettoso delle scelte individuali ed offre a tutti pari opportunità di espressione¹³.

La riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁴ ha indubbiamente attuato un processo di “privatizzazione” del diritto di famiglia e, dunque, il passaggio da una concezione della famiglia come “cellula fondamentale della società”, tutelata in ragione di un prevalente “interesse pubblico”, ad una concezione della famiglia come “formazione sociale” (art. 2 Cost.), protetta in quanto

¹⁰ La “sterilità” viene generalmente definita come l'incapacità di una coppia di concepire dopo che sia trascorso un certo periodo di tempo avendo rapporti di normale frequenza e senza usare alcun tipo di contraccezione.

¹¹ Nel linguaggio medico italiano si considera “infertilità” l'incapacità di avere figli sani e vitali, per ragioni legate alla ripetizione di episodi abortivi o alla reiterazione di malformazioni fetali incompatibili con la vita.

¹² In questi termini si esprime G. FERRANDO, *Il divieto di fecondazione eterologa. Genitori per scelta*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 95 ss..

¹³ Si veda U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 2005, 5 ss..

¹⁴ Legge 19 maggio 1975, n. 151, in *Gazz. Uff.* 23 maggio 1975, n. 135.

luogo ove si svolgono le personalità individuali, in ragione della salvaguardia degli interessi delle persone che la compongono.

Alla mistica familiare di stampo tradizionale si è sostituita, in nome della prevalente libertà, una concezione eudemonista della famiglia¹⁵. In questa concezione, l'individuo non ritiene più di dover soltanto esistere per la famiglia come istituzione che vale per sé, ma che la famiglia debba altresì esistere per il suo personale sviluppo.

Anche la disciplina della PMA dovrebbe allora collocarsi nel solco di questa linea evolutiva che valorizza l'autonomia delle persone e rispetta la pluralità di concezioni etiche riguardanti la famiglia, la sessualità, la procreazione, giustificando l'intervento pubblico in ragione della tutela dei diritti delle persone che, nel disegno costituzionale, assumono una rilevanza costituzionale.

Non sembra questa tuttavia – come ben emerge dall'analisi oggetto della presente ricerca, anche alla luce dell'esperienza di altri paesi europei – la filosofia che ha ispirato il legislatore italiano, se solo si considera come la L. n. 40/2004 in materia di PMA¹⁶ pretenda piuttosto di imporre un certo modello di famiglia.

¹⁵ In tal senso, L. D'AVACK, *Diritti del minore e procreazione medicalmente assistita*, in L. Palazzani (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2010, 60 ss..

¹⁶ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, in *Gazz. Uff.* 24 febbraio 2004, n. 45.

1. Le tipologie di procreazione medicalmente assistita.

Le tecniche di fecondazione assistita vengono generalmente classificate come “semplici” e “complesse”. Le prime comprendono unicamente le metodologie che si limitano ad utilizzare il seme; le seconde, hanno invece la prerogativa di manipolare sia i gameti maschili sia quelli femminili¹⁷.

I metodi comunemente utilizzati per attuare la PMA sono l'inseminazione artificiale e la fecondazione *in vitro*. La prima consiste nella deposizione, nelle vie genitali femminili, di liquido spermatico mediante mezzi diversi da quelli naturali. La seconda si attua attraverso l'aspirazione di un ovocita dal follicolo ovarico in un periodo preovulatorio e la sua congiunzione *in vitro* con uno spermatozoo, in modo che avvenga la fecondazione ed il trasferimento nella cavità uterina¹⁸.

Le tecniche di PMA possono essere tanto omologhe quanto eterologhe, a seconda che siano utilizzati gameti propri della coppia o di soggetti estranei¹⁹. In particolare, dalla combinazione tra le diverse fattispecie di

¹⁷ Da un punto di vista pratico, per una descrizione dettagliata delle procedure applicative delle tecniche di fecondazione assistita, semplici e complesse, si veda C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., 31 ss..

¹⁸ In *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, 1987, Milano, voce *Procreazione (diritto civile)*, 957 ss..

¹⁹ Nel Rapporto finale del 1994 della Commissione di studio per la procreazione medico assistita del Ministero della Sanità si legge: «le nuove tecniche di procreazione assistita vengono divise in “minori” e “maggiori” in relazione alla complessità tecnica, all'invasività ed al coinvolgimento di vario tipo che richiedono alla coppia. Le tecniche minori sono: a) inseminazione intracervicale; b) inseminazione intrauterina; c) inseminazione intraperitoneale; d) inseminazione intratubarica. Le tecniche maggiori sono: a) trasferimento dei gameti nelle tube, eseguito per via laparoscopica; b) trasferimento dei gameti nelle tube, eseguito per via transvaginale; c) trasferimento dei gameti nell'utero; d) fecondazione *in vitro* e trasferimento degli embrioni in utero; e) fecondazione *in vitro* e trasferimento di zigoti nelle tube; fecondazione *in vitro* e trasferimento di embrioni nelle tube; g) microiniezione di spermatozoi sotto la zona pellucida e trasferimento degli embrioni così ottenuti in tuba o in utero; h) iniezione di spermatozoi

fecondazione eterologa e le tecniche utilizzabili derivano le seguenti alternative astrattamente prospettabili: inseminazione artificiale (IA) con liquido seminale di un terzo donatore; fecondazione artificiale *in vitro* con *embryo transfer* (FIVET) o *Gametes Intra Falloppian Transfer* (GIFT) con seme di donatore ed ovocita della donna richiedente; FIVET o GIFT con liquido seminale dell'uomo richiedente ed ovocita di terza donatrice; FIVET o GIFT con entrambi i gameti, maschile e femminile, appartenenti a soggetti estranei rispetto ai membri della coppia.

In queste ipotesi, alla scissione tra sessualità e riproduzione, propria di tutte le tecniche di PMA, si aggiunge la scissione tra fattore biologico e fattore volontaristico, nel senso che alla volontà dei richiedenti di assumersi la responsabilità della procreazione non corrisponde la paternità o maternità “genetica” del nato²⁰.

intracitoplasmatica e trasferimento degli embrioni così ottenuti in utero; i) prelievo chirurgico di spermatozoi direttamente dall'interno delle vie genitali maschili; l) maternità surrogata. Una prima tappa molto delicata e responsabile è quella relativa alla selezione delle coppie, alla scelta della tecnica che si ritiene più opportuna per quella determinata situazione quale risultato di una valutazione il più ampia possibile. I meccanismi pro fertilità sfruttati da questi metodi sono: produzione di più ovociti (superovulazione controllata), preparazione del liquido seminale, *timing* corretto dell'ovulazione, facilitazione del percorso dello spermatozoo verso l'ovocita. Il ricorso alle tecniche maggiori si attua quando queste rappresentano l'unico trattamento possibile di sterilità o quando da una relazione ampia della coppia risultano esperite senza successo le normali attività terapeutiche. Esistono, in ogni caso, tappe comuni a queste varie tecniche: selezione accurata della tecnica migliore per la coppia; induzione farmacologica della crescita follicolare multipla; prelievo ovocitario; preparazione del liquido seminale. ...».

²⁰ A tal proposito, si veda F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzone e G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 46 ss..

2. La questione della liceità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In un sistema giuridico come il nostro, che pone alla base della filiazione il criterio biologico, le tecniche di PMA, che possono consentire una filiazione a favore di un padre o di una madre non biologici, sono riconducibili ad un altro criterio: quello della volontà come fondamento di una filiazione irrevocabile ed incontestabile. Il fattore biologico cessa, dunque, di costituire il presupposto per la fondazione della discendenza nella fecondazione assistita.

Si pone, pertanto, l'esigenza di contemperare la prospettiva adultocentrica – che richiede il tendenziale riconoscimento dell'aspirazione dell'adulto a diventare genitore – con quella puerocentrica – che richiede modalità procreative dirette ad assicurare al nato una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità²¹.

Nella PMA omologa, sebbene il concepimento avvenga senza quell'atto sessuale che, nella disciplina della procreazione naturale, è il presupposto fondamentale per l'attribuzione al nato dello *status* di figlio legittimo o naturale dei soggetti che lo hanno generato, l'esistenza di un rapporto di derivazione biologica a supporto dell'intento volto alla procreazione fuga – almeno in un'ottica di bioetica “laica”²² – ogni dubbio sulla liceità e

²¹ Come è stato efficacemente sintetizzato da L. NIELSEN, *The right to a child versus the right of a child*, in J. Eekelaar e P. Sarcevic (a cura di), *Parenthood in modern society: legal and social issues for the Twenty-First Century*, Boston, 1993, 213 ss., «nella disciplina della PMA si fronteggiano *«the right to a child versus the right of a child»*».

²² La Chiesa cattolica, invece, ha condannato anche le tecniche di PMA di tipo omologo, almeno quando il concepimento non avvenga *in vivo* bensì *in vitro*. A maggior ragione, le tecniche di fecondazione artificiale eterologa vengono stigmatizzate come «gravemente disoneste» e contrarie «all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad

meritevolezza di tutela dell'operazione alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento ed in particolare di quelli che reggono la materia familiare²³.

Con riferimento, invece, all'ammissibilità della PMA di tipo eterologo, *de iure condito e de iure condendo*, le posizioni dottrinali risultano antitetiche²⁴.

In Italia è ancora ampiamente condivisa una concezione sacrale della vita umana – che ha nella Chiesa cattolica la sua massima, ma non esclusiva sostenitrice – che condanna senza eccezione qualsiasi intervento dell'uomo nella sfera della riproduzione e, più in generale, della sessualità.

A tal proposito, si ritiene che i principali problemi di ordine etico connessi alla PMA di tipo eterologo siano sostanzialmente riconducibili a specifiche aree critiche, con evidenti ripercussioni sull'unità del matrimonio e sulla famiglia, nonché sull'identità biologica, psicologica e giuridica del nascituro.

essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio», poiché provocano una dissociazione dei genitori per l'intervento di una persona estranea alla coppia, offrendo l'occasione «per il dominio sull'essere umano concepito ...» (*Catechismo della Chiesa cattolica*, promulgato da Giovanni Paolo II l'11 ottobre 1992 con la Cost. Ap. *Fidei Depositum*, Roma, Città del Vaticano, 1992, n. 2376). Autorevoli esponenti della Chiesa cattolica hanno definito la procreazione assistita come una «tecnica veterinaria di ausilio all'adulterio» (così, nel corso dei lavori del Comitato Nazionale per la Bioetica si è espresso mons. Elio Sgreccia, all'epoca presidente della Pontificia Accademia per la Vita).

²³ Tale giudizio viene, peraltro, ristretto da una tesi nettamente minoritaria alla sola ipotesi di procreazione assistita omologa operata a favore di una coppia di coniugi; nel caso di soggetti non uniti da vincolo matrimoniale, infatti, si afferma che non possa nemmeno parlarsi teoricamente di fecondazione "omologa" in senso stretto e che comunque la stessa debba ritenersi illecita per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume (così, G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 87 ss.).

²⁴ Una panoramica delle stesse può essere fornita dalla lettura del *Parere sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*, 17 giugno 1994, formulato dal Comitato Nazionale per la Bioetica, all'interno del quale, essendo stato adottato il «metodo pluralista del rispetto reciproco di posizioni morali distinte», si è registrata una forte divergenza in materia di fecondazione eterologa e maternità surrogata.

Nella PMA eterologa si opera, infatti, una indiscutibile scissione tra la figura del genitore e la figura del coniuge. A causa della presenza decisiva del donatore, vero genitore genetico del figlio, uno dei due coniugi è obiettivamente non padre o non madre di quel figlio. Questo “fenomeno” – si obietta – può avvenire e si verifica anche per altre circostanze, che escludono il ricorso alla procreazione assistita. È il caso, ad esempio, dell’adozione²⁵. Ma è fin troppo agevole notare come, nel caso della PMA eterologa, tale scissione è pianificata e, ove resa lecita dalle leggi, approvata e sostenuta dallo Stato e dalle sue strutture sanitarie. Una simile scelta enfatizzerebbe ancor di più il processo di ridefinizione della famiglia, rappresentata dalla norma giuridica non più sulla base di dati fattuali naturali, come la ordinaria consanguineità tra i membri, bensì mediante il ricorso ad elementi meramente convenzionali e, in quanto tali, sostanzialmente arbitrari.

Si osserva, inoltre, come nella PMA eterologa il nascituro abbia un’identità genetica non coincidente con quella sociale. Uno dei due genitori è infatti putativo, mentre il genitore-donatore rimane sostanzialmente occultato dall’anonimato.

Negli ordinamenti favorevoli alla liceità della PMA eterologa, si segnala la presenza di norme che stabiliscono la tenuta di appositi registri dei donatori ed il diritto del figlio a conoscere l’identità del genitore genetico. Queste

²⁵ Secondo A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA. VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive, Atti del Convegno di Studi tenutosi presso l’Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005*, Fasano, 2005, 341 ss., «l’adozione rimedia un male, non lo crea; ha la funzione primaria di trovare i genitori per un minore, non un figlio per coppie desiderose di genitorialità. E del resto l’adozione e l’affidamento familiare, che sono istituti disciplinati nell’interesse preminente del minore, non possono essere considerati un’alternativa alla fecondazione medicalmente assistita, disciplinate, invece, nell’interesse della coppia».

soluzioni non dissolvono, però, il grave problema della relazione giuridica, psicologica, affettiva e biologica tra il figlio ed il genitore-donatore.

Non mancano, infine, ripercussioni di carattere eugenetico²⁶.

Il legislatore accondiscendente verso la PMA eterologa dovrà, infatti, affrontare e sciogliere il delicatissimo nodo della scelta del donatore da parte della coppia richiedente. Apparentemente, la questione sembrerebbe risolta dal criterio della totale casualità del donatore. Ma questa ipotetica soluzione si scontra con alcune esigenze espresse dalla coppia: ad esempio, la richiesta che i caratteri somatici ed il colore della pelle del donatore siano almeno coerenti con quelli della coppia stessa. Ovviamente, da questa “pretesa elementare”, il passo è breve verso altre, ben più sofisticate e complesse richieste dei “committenti” (si pensi, ad esempio, alla scelta di un donatore identificabile con determinati requisiti estetici che la coppia possa scegliere o dotato di un alto quoziente intellettuale, nella speranza che il livello di intelligenza dello stesso si “trasferisca”, almeno in parte, nel bagaglio di qualità del figlio desiderato)²⁷.

²⁶ Contraria alla fecondazione di tipo eterologo, anche se con limitate aperture a carattere di eccezione ma strettamente condizionate dalla possibilità di conoscere la origine biologica generativa a tutela del procreato, è l'opinione di A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, cit., 341 ss., il quale sviluppa ampie considerazioni sulle esigenze del figlio e sui rischi eugenici.

²⁷ In tal senso, M. PALMARO, *Fecondazione artificiale eterologa: le ragioni etico giuridiche di un divieto*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Atti del seminario svoltosi a Roma il 2 aprile 2012*, Torino, 2012, 127 ss.. Si veda anche A. M. GAMBINO, *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 41 ss., secondo il quale «il divieto di fecondazione eterologa in Italia è norma di civiltà giuridica che merita di essere confermata. ... L'art. 29 della nostra Costituzione, che indica quale famiglia di diritto quella “naturale”, cioè fondata su due sole figure genitoriali, e non tre, come accadrebbe ove si ammettesse un padre civile, coniugato con la gestante dell'ovulo fecondato con il seme del padre naturale - donatore. L'esclusiva competenza in materia di famiglia, come ricordato dalla Carta dei diritti

Una simile concezione non può che condurre ad una legislazione in termini di divieto delle pratiche di fecondazione assistita; divieto che però confligge con la altrettanto diffusa concezione c.d. utilitaristica della vita umana, alla cui stregua, entro limiti da prefissarsi, gli interventi su di essa sono consentiti quando siano diretti al perseguimento del benessere della persona²⁸.

L'orientamento più liberista, partendo dall'assunto dell'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo alla procreazione, costituzionalmente garantito, *ex art. 2 Cost.*, quale diritto della personalità e dunque riconosciuto a chiunque, a prescindere, altresì, dagli strumenti utilizzati per la realizzazione stessa, non configura altri limiti all'applicabilità delle suddette tecniche se non quelli derivanti dall'esigenza di tutela del diritto alla salute della donna e del concepito²⁹.

dell'Unione europea è lasciata alle "leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Si tratta dunque di prerogativa del Parlamento italiano che sul punto ha legiferato in chiara armonia con la propria Carta costituzionale, stabilendo il divieto di fecondazione eterologa. Sul piano delle ragioni costituzionali, il divieto si raccorda con tutele basilari, che discendono da principi di civiltà giuridico - costituzionale: la tutela del nascituro per lesione della sua integrità psico-fisica e la tutela di derive di carattere etico - sociale contrarie alla dignità umana. Sotto il primo aspetto ove, infatti, si consentisse la generazione di un figlio con un donatore estraneo alla coppia, nessuna legge potrebbe precludere al figlio, al pari di qualsiasi altra persona, di conoscere i dati sanitari, fisici ed anagrafici del padre naturale. Ma con il diritto inalienabile a conoscere le proprie origini, e quindi la paternità naturale, la conseguente rivelazione della doppia paternità si rivelerebbe devastante, in quanto gli equilibri affettivi vengono inesorabilmente minati all'interno della famiglia in cui il figlio cresce e nei confronti del padre naturale con il quale è sostanzialmente reciso ogni legame affettivo pur essendo egli in vita. ... Sul piano etico - sociale, poi, l'ammissibilità della fecondazione eterologa comporterebbe il rischio di selezione eugenetica. ...».

²⁸ Si veda, in particolare, M. MORI, *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, Bari, 1995, 86 e 136; in termini generali, C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni, Diritto civile*, II, 4^a ed., Milano, 2005, 401 ss..

²⁹ Si legge in G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 260, «se l'odierna generale tendenza dell'ordinamento è di porre al vertice la persona,

A ben vedere, lo stesso art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti inviolabili della persona, non può non contemplare quello alla libertà di riprodursi, cioè di trasmettere la vita³⁰.

Se si riconosce all'uomo il diritto di realizzare la propria personalità, non può non ammettersi che il diritto di attuare la genitorialità costituisce parte integrante di esso e non si può non attribuire a tale istanza un rilievo di primo piano, che le consente di «competere» con altri valori primari³¹.

La nostra Costituzione riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), nonché l'esigenza di pieno sviluppo della persona umana (art. 3), dà assoluto rilievo al rapporto di filiazione (artt. 30 e 31) ed alla tutela della salute (art.

sarà difficile non coniugare come suo diritto inviolabile o personalissimo o della personalità, sia la procreazione – in sé considerata e non come conseguenza del riconoscimento dei diritti della famiglia – sia la fecondazione artificiale, siccome in codesta ottica riducibile a niente altro che a sua mera diversificata tecnica di attuazione». È opinione anche di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 157, che, una volta riconosciuto il diritto fondamentale alla procreazione, non si possano operare diversificazioni a seconda che essa si realizzi naturalmente o artificialmente. Si vedano anche M. MORI, *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, cit., 136 e A. GORASSINI, voce *Procreazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1987, 944 ss..

³⁰ Deduce il diritto fondamentale alla procreazione, oltre che dalle Carte sovranazionali, dagli artt. 2, 29, 30, 31 Cost. e dall'art. 1 della L. n. 194/1978 sull'interruzione della gravidanza, I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Ferrando), vol. III, Bologna, 2007, 494 ss..

³¹ In tal senso, B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Padova, 2011, 1114 ss.. Secondo l'Autore «la competizione deve avvenire tra valori e diritti dei diversi soggetti interessati e non tra aspiranti genitori ed un qualche ordine naturale, ritenuto giusto ed inviolabile. Se i limiti naturali fossero stati considerati insuperabili, nessun progresso sarebbe mai stato realizzato. Ogni conquista della scienza, ad esempio in campo medico o negli ambiti che consentono all'essere umano di nutrirsi adeguatamente, allungare la propria vita, recarsi nello spazio o negli abissi marini, forza infatti un limite precedentemente esistente. La dinamica dell'evoluzione è interamente basata sul superamento dei limiti che la natura passivamente pone, consentendo all'uomo di raggiungere un maggiore livello di potere e benessere».

32), che definisce fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività³².

Sulla base di tali elementi, ritenendo che le difficoltà di procreazione rappresentino un problema riguardante la salute dell'individuo e che le tecniche di fecondazione assistita siano una forma di terapia, si può affermare che l'esigenza di realizzare la propria personalità attraverso la filiazione è un valore ampiamente riconosciuto e protetto sul piano costituzionale.

Ciò posto, il diritto di procreare "artificialmente" non presenterebbe alcuna differenza di contenuto e di limiti rispetto al diritto di generare con mezzi naturali. In entrambi i casi, lo Stato avrebbe il dovere da un lato di rispettare le decisioni del singolo, dall'altro di mettere a disposizione gli strumenti necessari per la loro attuazione.

La distinzione tra fecondazione assistita e procreazione naturale consiste in un fatto di carattere tecnico. Non si tratta di entità sostanzialmente diverse, poiché esse rappresentano l'identica realtà della filiazione, a cui alcuni sono in grado di accedere autonomamente ed altri soltanto con un aiuto fornito dalla medicina.

Non è, dunque, possibile creare discriminazioni tra le due categorie, attribuendo ad esse diversi diritti e doveri.

La libertà individuale di scelta in merito ad una vicenda di natura personalissima non potrebbe, infatti, essere sostituita da una valutazione statuale, a cui spetterebbe soltanto la previsione delle procedure più idonee

³² A. GORASSINI, voce *Procreazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVI, cit., 960, afferma che il ricorso alle tecniche di procreazione assistita si pone sullo stesso piano delle tante terapie idonee a combattere l'infertilità umana, quali, ad esempio, le cure ormonali.

a garantire la consapevolezza della scelta medesima e la conseguente assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro³³.

Non viene ritenuto di ostacolo alla parificazione del diritto alla procreazione artificiale eterologa con quello alla procreazione naturale la circostanza che nel primo caso non esiste un rapporto di derivazione biologica tra il nato ed i soggetti che lo hanno voluto. Dall'analisi dei «valori correnti» nella nostra società risulterebbe, infatti, la preminente importanza del fattore della responsabilità al fine dell'imputazione del rapporto genitoriale, onde la mera volontà dei richiedenti di assumersi la paternità o maternità del nascituro sarebbe sufficiente a creare il vincolo filiazione, pur in assenza di dati biologici³⁴.

Secondo un diverso orientamento, invece, il divieto di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, nel confermare il principio della garanzia della "identità biologica" del nascituro, si inserisce nel quadro più ampio di una *ratio legis* che individua nelle tecniche di procreazione assistita semplicemente

³³ Così G. BISCONTINI, *Considerazioni brevi sull'inseminazione artificiale*, in G. Biscontini - R. Favale - L. Ruggeri, *Interruzione volontaria della gravidanza e procreazione assistita*, Camerino, 2001, 127 ss.. Sostiene decisamente l'ammissibilità della fecondazione eterologa sulla base della considerazione che «il principio di laicità del diritto dovrebbe costituire una bussola indispensabile per il *conditor iuris*, quando entrano in gioco valori che interessano le persone in una società democratica e pluralistica, segnando il confine oltre il quale l'intervento normativo dello Stato avrebbe il significato di un'autoritaria intrusione, dagli odiosi risvolti moraleggianti, nella vita e nelle scelte individuali dei privati», G. CIANI, *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del divieto di disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 della S. C.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 1113. Sostiene che «l'intervento del legislatore dovrebbe essere di tipo leggero nel porre regole sull'accesso alla procreazione assistita Anche per non alimentare un turismo procreativo verso paesi più tolleranti, gli unici limiti al principio di libertà di scelta sono dati dalla necessità di coniugarlo con altri due principi fondamentali: il principio di responsabilità per le scelte compiute e quello della consapevolezza delle proprie scelte», G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 338 ss..

³⁴ È l'opinione di E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 5 ss..

un metodo “terapeutico” per coadiuvare il naturale processo riproduttivo, ovviando ad una situazione patologica di sterilità o infertilità, e permettere così ad una coppia di superare gli ostacoli al concepimento di un figlio.

Non è consentito, dunque, il ricorso da parte di una coppia alle capacità generative altrui, che non si limitano a “coadiuvare” la riproduzione ma piuttosto sostituiscono l’apporto di uno o entrambi i soggetti.

Ne consegue che, in quest’ottica, è la stessa configurabilità di un “diritto soggettivo” alla procreazione a dover essere messa in dubbio. Si ritiene, infatti, più corretto fare riferimento ad un “interesse esistenziale” che in tanto è meritevole di tutela in quanto non si ponga in contrasto con altri interessi e valori da ritenersi preminenti alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico, primo tra tutti quello della dignità della persona umana³⁵.

Garantire la libertà di scelta del singolo di fronte ad opzioni di natura eminentemente personale quali quelle in questione non significa, dunque, riconoscere all’autonomia privata il potere di disporre delle relative situazioni senza alcun limite³⁶. Gli interessi personalissimi dei soggetti che

³⁵ Sull’inesistenza di un diritto soggettivo alla procreazione, si veda G. SCIANCALEPORE e P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, 13 e 36, ove si nota che la contraria opinione finisce per ritenere meritevoli di tutela *ex se* tutte le soluzioni mediche volte alla realizzazione del diritto in discorso e che, inoltre, teorizzare la titolarità di una pretesa *erga omnes* alla generazione creerebbe gravi difficoltà applicative in merito, ad esempio, al problema della lesione di un siffatto diritto. Nega recisamente la configurabilità di una c.d. *procreative liberty* anche F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 583.

³⁶ Secondo L. PALAZZANI, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico - giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 746 ss., «posto che il senso ed il fine del diritto in bioetica è la regolamentazione dei comportamenti sociali secondo giustizia, per garantire la coesistenza (c.d. etica minima del diritto), laddove il bio-diritto si ponesse esclusivamente nell’ottica di tutela della libertà individuale o della convenienza sociale, rischierebbe di predisporre «norme anticonoesistenziali». In una società pluralistica, infatti, sebbene il diritto non possa scegliere un’etica e farla propria, può, anzi deve, «trarre l’etica dal senso della propria funzione strutturale».

intendono ricorrere alle tecniche di procreazione assistita devono, infatti, pur sempre essere giudicati meritevoli di tutela alla luce dei principi fondamentali che reggono il sistema giuridico, in particolare nella materia familiare.

A ben vedere, la questione “etica” del ricorso alle tecniche di PMA, come per qualunque legislazione che incida in modo significativo sul sociale, consiste – ad avviso di chi scrive – nel trovare forme e misure adeguate per rispettare tutti gli interessi ed i valori in gioco (o almeno quelli che vengono considerati tali in un determinato momento storico e con la sensibilità culturale che ivi prevale).

Ove limiti di legge debbano essere posti, possono derivare soltanto dal patrimonio di valori condivisi, in quel momento storico, dalla collettività.

Ciò che non può essere condiviso è la pretesa di porre, attraverso la prospettazione “etica” della questione, limiti e divieti, non in nome di diritti e valori condivisi, ma di pregiudiziali ideologiche sottratte alla possibilità di discussione³⁷.

Il pericolo, infatti, è che dalle limitazioni poste a coloro i quali devono essere supportati (attraverso il ricorso a tecniche di fecondazione assistita), si passi poi a limitazioni generalizzate e lo Stato o la collettività pretendano

Per l'Autrice, risponde al senso relazionale del diritto il riconoscimento della finalità terapeutica della fecondazione assistita, quale strumento di superamento di un'oggettiva condizione di sterilità o infertilità in uno o entrambi i membri della coppia, e dunque la configurazione di un «diritto riproduttivo» in capo a questi. Tuttavia, tale «diritto riproduttivo» non è un diritto di libertà assoluta, che consenta di scegliere arbitrariamente qualsiasi tecnica venga messa a disposizione dalla scienza. In particolare, in esso non rientra la facoltà di ricorso alla procreazione assistita eterologa, la quale si pone in contrasto con la difesa della famiglia quale «istituzione coesenziale originaria, che consente all'individuo di identificarsi», frantumando l'unità familiare tramite la scissione tra genitorialità genetica e genitorialità sociale.

³⁷ In tal senso, B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, cit., 1107 ss..

di decidere chi può avere figli e chi no, in base a criteri che, ad essi, appaiono giusti ed indiscutibili.

Allo stato attuale, la genitorialità non è proibita a chi non sia “giovanile, efficiente e pieno di energie” oppure sia portatore di *handicap* o sia di razza, religione o nazionalità non gradita. È auspicabile che simili limitazioni non trovino ingresso nel capitolo giuridico della filiazione nel momento in cui essa, per le evoluzioni della scienza, diviene possibile anche attraverso tecniche di procreazione assistita³⁸.

3. Le fonti di diritto internazionale e le normative vigenti in Europa in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa.

Le posizioni consolidate, pur in una varietà di interpretazioni, nelle diverse legislazioni europee in materia di PMA, trovano la loro fonte in documenti sovranazionali oltreché in risoluzioni e raccomandazioni approvate dall’assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa.

Tra i primi si annoverano la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000³⁹, recante disposizioni in tema di consenso libero ed informato, di divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva degli esseri umani; la Convenzione di Oviedo del 4

³⁸ F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 581, osserva che, nel diritto e nella cultura nordamericani, il diritto alla *privacy* è il diritto di essere liberi da ogni ingiustificata intrusione governativa in materie così fondamentali come la decisione di avere o non avere un bambino.

³⁹ Tale documento ha acquisito efficacia vincolante a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di riforma del Trattato U.E. e del Trattato C.E. firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, C306, 17 dicembre 2007, C306/1-C306/271.

aprile 1997⁴⁰ ed il relativo Protocollo addizionale di Parigi del 12 gennaio 1998, in tema di divieto di clonazione di esseri umani, entrambi resi esecutivi con la L. 28 marzo 2001, n. 145; la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano in ordine alle applicazioni della biologia e della medicina, firmata a Strasburgo il 19 novembre 1996⁴¹. Dalle summenzionate disposizioni si evince la centrale rilevanza che assume la dignità della persona e del concepito – intesa sia come dignità individuale sia come dignità umana collettiva (cioè dell'essere umano in quanto appartenente alla specie umana) – alla quale deve necessariamente ispirarsi anche la disciplina nazionale della PMA.

Accanto a siffatte disposizioni rilevano quelle che sanciscono il rispetto della vita umana, privata e familiare, quali gli artt. 3 e 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 novembre 1948; gli artt. 6 e 17 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, nonché gli artt. 2 ed 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 ed entrato in vigore nel 1998.

Non meno avvertita è, infine, l'esigenza di valutare la liceità delle moderne tecniche riproduttive alla luce del valore fondamentale rappresentato dall'interesse del minore, proclamato, tra gli altri, dall'art. 3.1.

⁴⁰ Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina.

⁴¹ Ivi, nei primi due articoli si legge: «1. - (*Finalità e obiettivo*) - Le parti aderenti alla presente Convenzione tuteleranno la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e garantiranno a ciascuno, senza discriminazioni, il rispetto per la loro integrità e per gli altri diritti e libertà fondamentali con riferimento agli interventi di biologia e di medicina. 2. - (*Primato dell'essere umano*) - L'interesse ed il benessere dell'essere umano prevarranno rispetto al semplice interesse della società e della scienza».

della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989⁴², e di altri diritti basilari, quali il diritto della donna alla salute (art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, 1966), ivi compresa quella riproduttiva (artt. 12 e 16 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma discriminazione nei confronti delle donne, 1979) e quindi il suo diritto a beneficiare dei servizi per il trattamento della sterilità⁴³. Quest'ultimo diritto potrebbe essere «potenziato» da un altro diritto internazionalmente protetto, quello di beneficiare del progresso scientifico e tecnologico (art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed art. 15 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali)⁴⁴.

Il riferimento forse più pertinente pare, però, essere quello al diritto di fondare una famiglia (art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 23 del Patto sui diritti civili e politici; art. 10 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali; art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). L'aspirazione di una donna e di un uomo ad avere una discendenza rappresenta una necessità, una caratteristica essenziale della condizione umana, sicché sussisterebbe un naturale e fondamentale diritto a procreare che come tale dovrebbe godere di protezione da parte dello Stato. Quest'ultimo avrebbe l'obbligo non solo di non ostacolare ma di facilitare la procreazione, abrogando quelle norme che impediscono all'individuo di

⁴² Si tratta peraltro di una prospettiva utile a ben vedere solo *ex post*, ossia ai fini di disciplinare gli effetti derivanti dal concepimento assistito e dalla nascita del bambino, e non già ai fini di garantire agli aspiranti genitori l'accesso alle tecnologie riproduttive: salvo il caso di individui portatori di gravi patologie.

⁴³ Su tali aspetti, si veda diffusamente C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003.

⁴⁴ In tali termini, si esprime C. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà e P. Zatti), II, Milano, 2011, 1498 ss..

beneficiare dei trattamenti atti a superare la propria incapacità riproduttiva: l'obbligo, dunque, di assicurare a tutti il diritto alla capacità di fondare una famiglia, ossia di procreare.

Con riferimento, poi, alle posizioni in materia di PMA che trovano spesso la loro fonte in risoluzioni e raccomandazioni approvate dall'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, si segnalano – in particolare – la raccomandazione n. 1100/1989, che invita i Governi a favorire la ricerca volta all'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, purchè nell'ambito delle fattispecie autorizzate, e la risoluzione del 16 marzo 1989⁴⁵. Quest'ultima, ribadisce la libertà della scienza e della ricerca e considera come limite ad essa la dignità dell'individuo e della collettività. Essa individua quale criterio primario per disciplinare la materia «il diritto di autodeterminazione della madre ed il rispetto dei diritti e degli interessi del figlio, riassumibili nel diritto alla vita ed all'integrità fisica, psicologica ed esistenziale, nel diritto alla famiglia, nel diritto alla cura dei genitori e a crescere in un ambiente familiare idoneo e nel diritto alla propria identità genetica».

La medesima risoluzione afferma, altresì, che la fecondazione eterologa, *in vivo* o *in vitro*, non deve ritenersi auspicabile e che, ove ammessa, deve contemplare il divieto di disconoscimento di paternità ed il divieto di chiedere alimenti al donatore. Essa respinge, infine, ogni forma di maternità su commissione.

La disamina – in via preliminare – delle fonti di diritto internazionale in materia di PMA offre l'occasione per analizzare le specifiche normative vigenti in alcuni paesi europei⁴⁶, consentendo, non solo, di inquadrare le

⁴⁵ *Risoluzione sulla fecondazione artificiale in vivo ed in vitro*, in *Pol. dir.*, 1989, 455.

⁴⁶ Per una compiuta analisi delle normative vigenti nei quindici Paesi del gruppo storico della Comunità europea, si veda A. GENTILOMO, A. PIGA, S. NIGROTTI,

analogie e le divergenze con la legge italiana (che sarà oggetto di approfondita indagine nel capitolo seguente della presente tesi), ma anche, più in generale, di valutare l'opportunità di pervenire alla formulazione di una legislazione comune tra i vari Stati membri dell'Unione europea.

Già da oltre dieci anni, nel lontano 1999, è stato predisposto un registro europeo delle tecniche di riproduzione assistita da parte della ESHRE (*European Society of Human Reproduction and Embriology*), a cui tuttora affluiscono i dati dei registri di almeno trenta paesi europei, tra cui l'Italia. Ciò dimostra che l'esigenza di un coordinamento sovranazionale si è recepita già da alcuni anni e probabilmente, a parte la raccolta statistica dei dati provenienti dai singoli centri europei di PMA, sarà ineludibile pervenire ad una sempre maggiore uniformità continentale anche a livello legislativo. Purtroppo, in assenza di un punto di riferimento sovranazionale, la rigidità normativa delle leggi di alcuni paesi – è il caso della legge italiana, che contempla il divieto assoluto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo – induce molte coppie a recarsi all'estero, presso paesi europei (e non) i cui ordinamenti prevedono meno limitazioni in materia.

Probabilmente, il raggiungimento di una comune normativa europea ridurrebbe sensibilmente la necessità del c.d. “turismo procreativo”, fenomeno – purtroppo – in rapida e crescente ascesa.

In ambito europeo si rileva, infatti, una evidente difformità di vedute sui temi della procreazione assistita, essendo presenti normative liberali e permissive e normative rigide, con forte accentuazione degli aspetti proibitivi.

Altre differenze riguardano il modo di concepire la legislazione in tema di PMA. In alcuni paesi la normativa è estremamente analitica, in altri

La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico, Milano, 2005.

altrettanto estremamente sintetica.

La difficoltà di orientarsi in questa materia emerge anche dall'indicazione dei divieti che alcune legislazioni si sforzano di prevedere in tutte le possibili varianti del caso concreto, mentre altre preferiscono porre limiti più a monte, con divieti di ordine generale.

Alcuni ordinamenti pretendono di prevedere in via astratta ciò che è lecito e ciò che non lo è, mentre altri rimettono tale valutazione ad organi di carattere amministrativo, strettamente legati, per ragioni di nomina, a chi sia al governo in quel determinato momento. Altri, infine, affidano compiti di tal tipo agli operatori, a loro volta sottoposti a diversi sistemi di controllo e di sanzione.

La differenza tra il consentito ed il proibito è comunque oggetto di diverse interpretazioni in ciascuno Stato, così ulteriormente dimostrando l'opinabilità della materia.

In Gran Bretagna, la legge sulla fecondazione umana e l'embrilogia, approvata nel 1990⁴⁷, si rivela fortemente permissiva. Senza porre divieti generali ed astratti, infatti, è stata prevista l'istituzione di un sistema di licenze e direttive a cura della *Human Fertilisation and Embriology Authority*, che è l'organo incaricato di controllare il rispetto della normativa e preposto al rilascio delle autorizzazioni per i trattamenti terapeutici.

La legislazione britannica propone un sistema autorizzatorio che, più che basarsi su criteri precostituiti, è molto attento alla dinamica ed alle

⁴⁷ *Human Fertilisation and Embriology Act* del 30 ottobre 1990, con cui è stata anche costituita la HFEA (*Human Fertilisation and Embriology Authority*). La legge è stata in parte modificata nel 1992 e, di nuovo, nel 2003. Per un approfondimento dell'aspetto relativo all'operatività giurisprudenziale del principio del bilanciamento degli interessi di madre e concepito si rinvia a E. PALMERINI, *Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di cesarian sections e giudici inglesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 581 ss..

condizioni del caso concreto. Un principio di carattere generale è comunque stabilito e consiste nella necessità di tener conto del benessere del bambino che può nascere in conseguenza del trattamento e di ogni altro bambino che può subire gli effetti di tale nascita⁴⁸.

Non sono previste specifiche condizioni di accesso alle tecniche di PMA, delle quali possono avvalersi coppie coniugate o conviventi, nonché donne *single* (art. 27, comma 3, *Human Fertilisation and Embriology Act*) e non esiste una età - limite per richiedere l'accesso, benché un gran numero di centri non conceda il trattamento a donne di età superiore ai quarantacinque anni.

Sono consentite tutte le tecniche di PMA omologa senza particolari limitazioni; infatti non esiste limite al numero di ovociti fecondabili, sono possibili la crioconservazione degli embrioni e la ricerca scientifica sugli embrioni soprannumerari, è concessa la diagnosi genetica preimpianto.

È altresì ammesso il ricorso alla PMA di tipo eterologo; in tal caso, la legge identifica come madre del nato la donna la cui gravidanza è stata determinata con le tecniche di fecondazione artificiale e come padre colui che ha prestato il proprio consenso per lo svolgimento della procedura.

È consentita la donazione di seme e di ovociti a titolo gratuito; tuttavia dal 2005 è stato abolito l'anonimato per donatori e donatrici, garantendo per legge al nascituro il diritto di conoscere l'identità del genitore biologico al compimento del diciottesimo anno. Ciò ha fatto ridurre drasticamente il numero delle donazioni, anche se le liste di attesa per la fecondazione eterologa rimangono talmente lunghe da indurre anche le coppie inglesi a rivolgersi all'estero.

⁴⁸ F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 579, osserva che il sistema inglese risponde all'opzione di un approccio realistico che, di fronte alla forte conflittualità di ideologie, rinunci a prese di posizione precostituite e sappia affrontare i problemi concreti alla luce di semplici direttive, che consentano di raggiungere caso per caso la soluzione più equa.

Si segnala, infine, che attualmente è in corso di discussione al Parlamento un disegno di legge (*Human Fertilisation and Embriology Bill*) che, pur mantenendo inalterato l'impianto fondamentale del 1990, si propone di adeguare la normativa agli sviluppi scientifici e ai mutamenti sociali ad oggi intervenuti. Tra le novità fondamentali, sono degne di nota: la previsione del divieto per legge di selezione del sesso dei nascituri per motivi non strettamente medici (al momento presente soltanto nelle linee guida emanate dall'HFEA) ed il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso come "genitori legali" rispetto ai figli concepiti mediante donazione di spermatozoi, ovociti o embrioni (attualmente limitato ai genitori biologici)⁴⁹.

In Spagna la procreazione assistita è stata regolamentata ancor prima che in Gran Bretagna, con la L. 22 novembre 1988, n. 35⁵⁰, poi modificata dalla L. 21 novembre 2003, n. 45⁵¹.

Da qualche anno è in vigore la nuova L. 26 maggio 2006, n. 14, che ha sostituito le leggi precedenti⁵².

Ai sensi della *Ley* n. 14/2006, è consentito l'accesso alle tecniche di PMA sia per ovviare alla sterilità sia per evitare il trasferimento al nascituro di gravi patologie di origine genetica o ereditaria.

La legittimazione alla richiesta di intervento compete a tutte le donne maggiorenni, senza limite di età, dotate di piena capacità di agire, con

⁴⁹ Per un recente contributo relativo alla comparazione tra la situazione italiana e quella inglese, si veda B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparativo tra Italia e Inghilterra*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 524 ss..

⁵⁰ «Legge sulle tecniche di riproduzione assistita», in *Boletín Oficial del Estado*, 24 novembre 1988, n. 282. Per ampi cenni su questa legge, si veda H. CORRAL, *La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 79 ss..

⁵¹ «Legge sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani, o delle loro cellule, tessuti o organi», in *Boletín Oficial del Estado*, 22 novembre 2003, n. 280.

⁵² «Legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita» (*Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida*), in *Boletín Oficial del Estado*, 27 maggio 2006, n. 126.

l'esplicito riferimento alla «indipendenza dal loro stato civile ed orientamento sessuale»; l'accesso è, dunque, consentito a coppie sposate e di fatto, oltre che alla donna *single*.

Se la donna è coniugata, è necessario il consenso (irrevocabile) del marito (art. 6, comma 3), tranne che in caso di separazione legale o divorzio, ma pure di separazione di fatto per mutuo accordo, che consti in maniera facente fede.

L'accesso alle tecniche è subordinato ad un'adeguata informazione e ad un consenso informato, libero, cosciente ed espresso, manifestato per iscritto (art. 6, comma 1°).

Così come in Gran Bretagna, è consentita la fecondazione eterologa, che può avvenire con donazione sia di gameti (spermatozoi od ovociti) sia di embrioni, in forma gratuita ed anonima⁵³.

Circa la gratuità della donazione, ai donatori e alle donatrici è concesso soltanto un compenso economico a risarcimento dell'impegno fisico e di tempo; i centri di PMA, inoltre, possono svolgere attività di pubblicità e promozione delle donazioni, ma senza incentivarle offrendo compensi o benefici economici.

I donatori hanno diritto di conservare l'anonimato ed i nati possono ottenere informazioni generali su di essi, ma non conoscerne l'identità. A questa regola fanno eccezione circostanze molto particolari e specifiche, come nel caso in cui ricorra un sicuro pericolo sanitario o di vita per il bambino. È, inoltre, compito del centro di PMA assicurare la massima somiglianza fenotipica ed immunologica possibile tra donatore e ricevente.

⁵³ La donazione gratuita e anonima avviene sotto forma di un “*contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado*”.

I donatori devono avere almeno diciotto anni ed essere in buone condizioni psico-fisiche, accertate da esami clinici volti soprattutto ad escludere malattie ereditarie o infettive trasmissibili al nascituro.

I gameti di uno stesso donatore o donatrice non possono essere impiegati per generare più di sei bambini.

La *Ley* n. 14/2006 ha infine rimosso il limite della precedente normativa relativo al numero di tre ovociti fecondabili per ogni ciclo riproduttivo, lasciando – così – ai medici la facoltà di scelta sul numero opportuno. Permane, tuttavia, il limite dei tre embrioni trasferibili in utero per ciascun ciclo di fecondazione *in vitro*, con la conseguenza che gli embrioni soprannumerari possono essere crioconservati.

In Portogallo, invece, la L. 26 luglio 2006, n. 32⁵⁴, riserva le tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie coniugate o conviventi da almeno due anni ed ammette la fecondazione eterologa con donazione sia di spermatozoi che di ovociti⁵⁵. È rimessa, in ogni caso, al medico la scelta del numero di ovociti per la fecondazione *in vitro* (art. 24) ed è consentita la crioconservazione degli embrioni eccedenti destinati ad ulteriori impianti, alla donazione o, infine, alla ricerca scientifica (art. 25).

In Svezia, la materia della PMA è stata regolamentata molto prima che in Spagna ed in Gran Bretagna, già nel lontano 1984, dalla L. n. 1140⁵⁶, a cui è seguita la L. 14 giugno 1988, n. 711⁵⁷. Per entrambe le normative, alle

⁵⁴ «Legge sulla procreazione medicalmente assistita» (*Ley da procriação medicamente assistida*).

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 10, comma 1°, L. 26 luglio 2006, n. 32: «si può ricorrere alla donazione di ovociti, di spermatozoi o di embrioni quando, secondo le conoscenze medico-scientifiche obiettivamente disponibili, non si possa ottenere una gravidanza attraverso tecniche che utilizzino gameti dei beneficiari e assicurino condizioni idonee a garantire la qualità dei gameti».

⁵⁶ «Legge sull'inseminazione artificiale» (L. 20 dicembre, 1984, n. 1140).

⁵⁷ «Legge sulla fecondazione all'esterno del corpo».

tecniche possono accedere le coppie eterosessuali, coniugate o conviventi, che abbiano rilasciato un consenso scritto e, per quanto riguarda la sola fecondazione *in vitro*, previa autorizzazione della *Socialstyrelsen* (Direzione nazionale della Previdenza Sociale e della Sanità).

Ai sensi della L. n. 1140/1984, l'inseminazione con seme di terzo donatore è ammessa purchè effettuata sotto controllo medico ed in un ospedale pubblico (art. 3). Il medico è tenuto ad accertare che l'inseminazione sia opportuna, avuto riguardo alle condizioni sanitarie, psicologiche e sociali della coppia e purchè sia possibile presumere il c.d. *welfare of the child*, ovvero che il nato cresca in un ambiente a sé favorevole.

È riconosciuto al bambino nato per effetto di PMA eterologa il diritto di conoscere i dati relativi al donatore, una volta raggiunta la maturità sufficiente⁵⁸.

Se l'inseminazione viene negata, i coniugi o conviventi possono chiedere che la questione sia sottoposta alla Direzione nazionale della Previdenza Sociale e della Sanità, la cui decisione non può essere oggetto di ricorso.

Anche in Austria, così come in Svezia, la fecondazione assistita è consentita soltanto all'interno del matrimonio o di un analogo rapporto di convivenza.

La L. 1° luglio 1992, n. 293⁵⁹ prevede il ricorso alle tecniche di PMA solo

⁵⁸ L'art. 4, L. 20 dicembre 1984, n. 1140, prevede che: «Il bambino concepito mediante inseminazione ai sensi dell'art. 3 ha diritto, non appena raggiunta la maturità sufficiente, a conoscere i dati relativi al donatore annotati nel registro speciale dell'ospedale. La Commissione comunale per la sicurezza sociale è tenuta ad assistere, su richiesta, il minore nell'acquisizione delle informazioni in questione».

⁵⁹ «Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione», meglio nota come *Artificial Procreation Act*, in *Federal Law Gazette*, n. 275/1992. Nel 1999, l'*Artificial Procreation Act* è stato integrato dal *Federal Act*, in *Federal Law Gazette*, n. 180/1999, che ha istituito un fondo per finanziare i

ed esclusivamente se in base alle conoscenze scientifiche e all'esperienza siano fallite o non abbiano possibilità di successo tutte le altre terapie possibili ed accettabili.

Di regola la fecondazione deve essere omologa; l'inseminazione eterologa è ammessa soltanto se il seme del coniuge o del convivente non ha capacità procreative ed è limitata al caso in cui si esegua con tecniche *in vivo* e non anche *in vitro* (art. 1, comma 2, n. 1 ed art. 3, comma 2). Di contro, ovociti e cellule in grado di svilupparsi possono essere utilizzati esclusivamente nella donna da cui provengono; pertanto, è vietata la donazione di ovuli femminili⁶⁰.

La legge austriaca disciplina dettagliatamente la donazione di gameti maschili, disponendo che il donatore – cui è imposto l'obbligo di iscrizione in un apposito registro – debba manifestare per iscritto il consenso alla donazione e che il suo seme, cedibile soltanto a titolo gratuito, possa essere utilizzato al massimo per coppie destinate anch'esse ad essere iscritte nel medesimo predetto registro, consultabile dai nati da PMA soltanto dopo il compimento del quattordicesimo anno di età. In casi eccezionali, motivati da ragioni mediche, è ammesso – comunque – che il legale rappresentante del minore possa accedere alle informazioni circa il padre biologico dello stesso, previa autorizzazione giudiziale.

È, altresì, previsto l'obbligo di donare sempre ed esclusivamente

trattamenti di fecondazione *in vitro*, allo scopo di sovvenzionare quelli espressamente consentiti dall'*Artificial Procreation Act*.

⁶⁰ Il divieto austriaco di fecondazione eterologa (con l'unica eccezione di quella attuata *in vivo* con gameti maschili di un terzo donatore) ha carattere penale, considerato che l'art. 23, L. n. 293/1992, prevede che «il medico che effettui un intervento di riproduzione assistita in violazione dell'art. 3 commette una contravvenzione punita con un'ammenda non superiore a 36.000 euro, convertita, in caso di mancato pagamento, in una pena detentiva fino ad un massimo di quattordici anni».

attraverso la medesima struttura ospedaliera, nonché l'obbligo per il donatore di sottoporsi a controlli medici a tutela della salute della donna e del nascituro⁶¹. Ovviamente il donatore del seme non ha rapporti con il nato.

Al fine di rendere possibile la PMA eterologa, la legge austriaca prevede la costituzione di banche del seme, basate su donazioni a titolo gratuito, ove è consentita la conservazione di spermatozoi, ovociti ed embrioni per un periodo massimo di un anno.

In Svizzera, al pari di quanto previsto dalla legislazione svedese, è possibile accedere alle tecniche di PMA per rimediare alla sterilità della coppia, in via residuale e dopo che gli altri metodi siano falliti, o per evitare la trasmissione ai discendenti di una malattia grave ed inguaribile.

La Confederazione elvetica si è dotata di una normativa in materia di fecondazione assistita con la L. 18 dicembre 1998, entrata in vigore il 1° gennaio 2001. Essa prevede la possibilità di accesso alle tecniche per coppie di persone non necessariamente coniugate, in grado presumibilmente di garantire, in ragione dell'età e della situazione personale, il mantenimento e l'educazione del nascituro sino alla maggiore età.

È ammessa la PMA eterologa ed è minuziosamente disciplinata la donazione di gameti, che deve avvenire a titolo gratuito, con l'obbligo per il donatore di sottoporsi a controlli medici tesi ad evitare la trasmissione di malattie. La legge prevede che il donatore non acquisisca alcuna relazione parentale con il nato, il quale sarà considerato figlio del marito della madre. I dati idonei a consentire la individuazione della persona del donatore sono

⁶¹ Ai sensi dell'art. 12, L. 1° luglio 1992, n. 293: «Attraverso l'esame del donatore e dello sperma si deve accertare che in base all'esperienza ed alle più recenti conoscenze medico-scientifiche lo sperma abbia capacità riproduttiva e che il suo utilizzo non arrechi danni alla salute della donna e del nascituro».

destinati a restare riservati ma è previsto che il figlio, dopo il compimento del diciottesimo anno di età, possa consultarli.

In Francia, è ammesso l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi⁶², i cui membri siano entrambi viventi, che intendano superare problemi di sterilità medicalmente accertati ovvero evitare la trasmissione di malattie di particolare gravità al nato o ad un membro della coppia⁶³.

La materia è stata regolamentata dalle L. 29 luglio 1994, nn. 653 e 654⁶⁴, mediante l'introduzione di una serie di nuove disposizioni all'interno del *Code de la santé publique* e del *Code civil*. La normativa è stata successivamente rielaborata dalla L. 6 agosto 2004, n. 800⁶⁵, il cui Titolo VI era denominato *Procréation et Embryologie*, e di nuovo modificata dalla recente L. 7 luglio 2011, n. 814⁶⁶, il cui Titolo VI è dedicato espressamente all'*Assistance Médicale à la Procréation*⁶⁷.

Lecito è il ricorso alla PMA di tipo eterologo, purchè l'embrione sia concepito con gameti provenienti da almeno uno dei membri della coppia⁶⁸.

I coniugi o conviventi che intendono accedere alle tecniche di fecondazione eterologa devono manifestare il proprio consenso dinanzi ad

⁶² Sino alle più recenti modifiche del 2011, la convivenza doveva essere iniziata da almeno due anni, mentre oggi tale periodo minimo non è più richiesto.

⁶³ Art. L 2141-2, *Code de la santé publique*.

⁶⁴ Rispettivamente «Legge sul rispetto del corpo umano» e «Legge sulla donazione di organi e la procreazione assistita», a proposito delle quali si veda L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *Famiglia*, 2004, 1097 ss. ed in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, cit., 95 ss..

⁶⁵ In J.O., 7 agosto 2004, n. 182.

⁶⁶ In J.O., 8 luglio 2011, n. 157.

⁶⁷ Sulle cadenze attraverso le quali si è evoluta la disciplina francese della PMA, si veda C. PICIOCCI, *La disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento francese*, in E. CASONATO - C. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 106 ss..

⁶⁸ Art. L 2141-3, *Code de la santé publique*.

un giudice o ad un notaio, dopo adeguata informazione circa le conseguenze del loro atto con riguardo alla filiazione⁶⁹. Il consenso prestato è irrevocabile e la coppia che abbia preventivamente espresso il proprio assenso alla metodica non potrà più proporre azione di disconoscimento della paternità⁷⁰.

La donazione deve essere anonima e gratuita ed è consentita esclusivamente ove ricorrano certe condizioni. Può essere donatore, infatti, soltanto una persona che abbia già procreato. Dai gameti di un solo donatore non può essere intenzionalmente determinata la nascita di più di cinque bambini, onde ridurre il rischio che, a causa dell'anonimato, possano esservi nelle generazioni successive rapporti tra consanguinei.

Nel caso di donazione di seme, il donatore deve avere meno di quarantacinque anni, avere il consenso della moglie o convivente (comunque revocabile in qualsiasi momento) ed essere disponibile ad effettuare tutte le analisi cliniche richieste.

Per la donazione di ovociti, invece, la donatrice deve avere meno di trentasei anni ed ottenere il consenso del marito o convivente (revocabile in qualsiasi momento); la donna "ricevente" deve essere al massimo quarantenne.

Sia il seme sia gli ovociti donati possono essere impiegati per le tecniche di PMA soltanto dopo un periodo di "osservazione" di sei mesi.

È proibito il rapporto diretto tra donatore e coppia, non essendo consentito al primo di indicare la coppia dalla quale il dono deve essere ricevuto ed alla seconda di scegliere o indicare il nome del donatore.

In Germania, la normativa vigente in materia di PMA è di carattere

⁶⁹ Il giudice ed il notaio devono limitarsi a registrare il consenso: cfr. AA.VV., *Droit de la famille, sous la direction de Rubellin-Devichi*, Parigi, 2001, 477.

⁷⁰ Art. 311-20, *Code civil*.

prevalentemente proibitivo e punitivo.

La L. 13 dicembre 1990⁷¹ contempla, infatti, numerosi divieti e conseguenti sanzioni penali ed è ispirata alla piena tutela dell'embrione ovvero dell'«ovocita umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia ossia dell'unione dei nuclei del gamete maschile e di quello femminile nell'unico zigote».

L'accesso alle tecniche è consentito esclusivamente alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, i cui membri siano entrambi viventi; per la donna è previsto il limite di età di quarant'anni, eccezionalmente derogabile sino a quarantacinque anni.

La inseminazione *in vitro* (extracorporea) è ammessa soltanto se omologa; mentre quella *in vivo* (intracorporea) può essere omologa o eterologa.

È vietata la donazione di ovociti (§ 1, comma 1°); pertanto, si prevede l'impiego esclusivo di ovociti provenienti dalla moglie o convivente. È, inoltre, consentito portare allo stadio di embrione non più di tre ovociti ed è sanzionato penalmente il trasferimento nell'utero della donna di più di tre embrioni per ogni ciclo di fecondazione.

Eguale sanzionata risulta la selezione dei gameti per la preventiva definizione del sesso del nascituro, eccezionalmente consentita al solo fine di prevenire la distrofia muscolare o altra grave malattia al nato, che sia legata appunto al sesso.

La legge non oppone invece alcun divieto alla fecondazione con seme diverso da quello del marito o del convivente: condizioni generali per l'accesso alla PMA sono il consenso dell'uomo e quello della donna che fornisce l'ovocita (§ 4, comma 1°, nn. 1 e 2), nonché la specifica autorizzazione di una commissione a ciò preposta, secondo la disciplina

⁷¹ «Legge sulla tutela degli embrioni» (*Embryonenschutzgesetz*), entrata in vigore il 1° gennaio 1991.

vincolante delle Linee Guida⁷².

Dalla suesposta analisi delle normative vigenti in alcuni paesi europei in materia di PMA, si evince – dunque – che in Europa non esiste una disciplina uniforme delle tecniche di fecondazione assistita, ben potendo individuarsi tre modelli regolatori.

Francia e Portogallo sono esempio di un “modello di tipo liberale”, in cui è ammessa ogni forma di PMA, omologa ed eterologa, che ha punte di estrema liberalità in Grecia, Russia, Ucraina e Gran Bretagna, dove è lecita anche la maternità surrogata, nonché in Danimarca, Olanda, Belgio, Svezia, Spagna e Gran Bretagna dove è ammesso l’accesso alle tecniche riproduttive anche alla donna *single* e a coppie omosessuali.

Un “modello intermedio” è quello dei paesi di tradizione germanica, Austria, Germania e Svizzera, in cui la scelta dei legislatori si è appostata su una liceità limitata di tali tecniche, in particolare attraverso la previsione del divieto di ogni forma di procreazione che provochi una divergenza tra maternità genetica e maternità biologica (donazione di ovociti e c.d. affitto di utero), e dunque a favore di una procreazione il più possibile naturale.

Il terzo modello è quello che accomuna l’Italia a Lituania e Turchia, ossia un “modello repressivo” che vieta ogni forma di fecondazione eterologa in favore di una totale unitarietà tra genitorialità genetica, biologica e legale.

⁷² In proposito, si veda R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in E. CASONATO - C. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 10.

CAPITOLO SECONDO

LA NORMATIVA VIGENTE IN ITALIA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA: PROFILI CIVILISTICI E DUBBI INTERPRETATIVI.

SOMMARIO: 1. La Legge 19 febbraio 2004, n. 40 ed il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia. – 2. Il consenso prestato dai coniugi o conviventi. – 3. I divieti di disconoscimento di paternità e di anonimato della madre. – 4. Il diritto del nato da fecondazione eterologa di conoscere le proprie origini biologiche.

1. La Legge 19 febbraio 2004, n. 40 ed il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia.

La materia della PMA in Italia – per lungo tempo oggetto soltanto di una regolamentazione di tipo amministrativo e deontologico⁷³ – «dopo una inerzia colpevole e grave del legislatore»⁷⁴, è stata finalmente disciplinata dalla L. 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), entrata in vigore il 10 marzo 2004⁷⁵ ed integrata da successivi provvedimenti amministrativi volti a consentirne la concreta attuazione⁷⁶.

Ex artt. 1 e 4 della L. n. 40/2004, è ammesso il ricorso alla PMA al solo «fine di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità

⁷³ In argomento si riscontravano alcune Circolari ministeriali, per di più indirizzate ai soli Centri pubblici – e non anche a quelli privati – nonché varie norme del Codice di deontologia medica del 1995, quali l'art. 44 espressamente dedicato alla fecondazione assistita, e l'intero capo VIII, dedicato alla «Sperimentazione».

⁷⁴ Così L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009, 171.

⁷⁵ In *Gazz. Uff.*, 24 febbraio 2004, n. 45.

⁷⁶ In particolare, le Linee Guida della legge (previste *ex art. 7*, L. 19 febbraio 2004, n. 40) emanate, prima, con d. min. 21 luglio 2004 (in *Gazz. Uff.*, 16 agosto, 2004, n. 191) e successivamente aggiornate dal d. min. 11 aprile 2008 (in *Gazz. Uff.*, 30 aprile 2008, n. 101).

o infertilità umana⁷⁷ ... qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» e l'accesso alle tecniche è comunque «circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»⁷⁸.

⁷⁷ L'uso indifferenziato dei termini «infertilità» e «sterilità» riferiti sia alla donna che all'uomo è indice di una normativa carente e lacunosa sotto l'aspetto della tecnica legislativa in una materia complessa, quale quella della PMA, che avrebbe invece richiesto maggiore attenzione al dato scientifico, onde consentire una più precisa ed esatta lettura del contenuto delle norme. La «sterilità», almeno nella donna, andrebbe distinta dalla infertilità, intesa come incapacità di condurre la gravidanza fin all'epoca di vitalità fetale. Nella normativa, per «sterilità» si intende l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti. In genere si considera sterile la coppia nella quale uno o entrambi i *partners* sono affetti da una condizione fisica permanente che non rende possibile la procreazione. Il termine «sterilità» si riferisce, quindi, ad una condizione più grave e comunque assoluta di infertilità riguardante la coppia e non il singolo membro di essa. Per una indagine approfondita sulle problematiche concernenti la sterilità, si veda C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, Torino, 2008 e C. FLAMIGNI - P. MUTINELLI, *Curare la sterilità. Etica, deontologia e psicologia nella relazione medico - paziente*, Roma, 2001.

⁷⁸ Prima dell'entrata in vigore della L. n. 40/2004 era frequente il caso di soggetti che (pur potendo riprodursi “naturalmente”) facevano ricorso alle tecniche di PMA in quanto portatori di malattie genetiche (e non solo) trasmissibili ai figli (quali la fibrosi cistica, la talassemia, la sindrome di *Duchenne* ed altre): in queste ipotesi il ricorso alla PMA, consentendo di anticipare le indagini sull'eventuale presenza di quelle malattie alla fase antecedente al trasferimento nel corpo della donna degli embrioni formati *in vitro*, consentiva di non dovere attendere lo sviluppo della gravidanza per l'accertamento della patologia, prevenendo, così, il possibile ricorso al c.d. “aborto terapeutico”. L'indicazione della sola sterilità ed infertilità quali requisiti per accedere alla PMA (in parte temperata dalla possibilità, introdotta dalle Linee Guida del 2008, di accesso alle tecniche anche per le coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie sessualmente trasmissibili, e in particolare del virus HIV o di quelli delle epatiti B (HBV) o C (HCV), riconoscendo tali condizioni come assimilabili all'infertilità) rende però evidente come, ai sensi dell'art. 1, L. n. 40/2004, la utilizzazione delle tecniche di PMA per lo scopo anzidetto non sia possibile (di diverso avviso è stato, Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, n. 191, in *Giur. merito*, 2010, 1289 ss.). A tal proposito, deve però segnalarsi che, per effetto della pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti

Le tecniche di PMA devono, altresì, essere applicate nel rispetto del c.d. «principio di gradualità» (art. 4, comma, 2, lett. *a*, L. n. 40/2004), «al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività»⁷⁹.

Dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 della L. n. 40/2004 si evince che il diritto di accesso alle tecniche di PMA non può configurarsi quale “terapia ampia” per supplire alla perdita della capacità di procreare⁸⁰. Il legislatore ha, infatti, ritenuto che i problemi riproduttivi non rientrino a pieno titolo nel più esteso concetto di salute.

dell’Uomo (CEDU) del 12 febbraio 2013, la legge italiana dovrà consentire l’accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche alle coppie fertili che possono trasmettere malattie genetiche ai propri figli. La Grande Camera CEDU ha, infatti, deciso di non accogliere il ricorso presentato nel novembre 2012 dal Governo italiano al fine di ottenere il riesame della sentenza del 28 agosto 2012, con cui la stessa CEDU aveva sancito «l’incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi pre-impianto, considerato che, con una legge, la n. 194/1978 consente l’aborto per la patologia, e con un’altra, la n. 40/2004, vieta accertamenti che potrebbero evitarlo». Un sistema legislativo, aveva aggiunto, «che viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare».

⁷⁹ È imposto agli utenti un percorso che prescrive prima l’obbligo di avere sperimentato altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e poi la prospettazione da parte del medico di altre soluzioni in alternativa alla fecondazione assistita quali l’adozione o l’affidamento (art. 3, comma 1°, L. n.40/2004), che – a ben vedere – sono istituti differenti. L’adozione, infatti, non ha come finalità, almeno primaria, quella di assicurare una discendenza a chi la desidera, bensì di assicurare una famiglia al minore in stato di abbandono. L’affidamento, poi, non può realizzare lo scopo della PMA, neanche indirettamente, considerato che l’istituto è stato previsto al fine di supportare un minore o i suoi genitori in temporanea difficoltà, nell’ottica di favorire il reinserimento successivo del figlio nel suo originario nucleo familiare.

⁸⁰ In occasione della presentazione dell’allora disegno di legge alla Camera dei Deputati, l’On. Dorina Bianchi, precisava – nella relazione del 26 marzo 2002 – che le tecniche di fecondazione artificiale «non sono una terapia», bensì «un mero sostegno alla coppia e quindi a due soggetti, interessando poi i diritti e la condizione di un terzo soggetto, il bambino».

A ben vedere, però, la “salute” – diversamente dall’“integrità fisica” che richiama gli aspetti esteriori della condizione del soggetto (caratterizzata dall’assenza di menomazioni) ed è valore statico – si configura quale concetto relativo in funzione di un completo benessere fisico, mentale e sociale del singolo, coinvolgendo così soprattutto gli aspetti interiori, come avvertiti e vissuti in concreto dal soggetto⁸¹. È pertanto valore dinamico in continua trasformazione, che, così come qualificato, è fatto proprio dal nostro ordinamento e dalla giurisprudenza di legittimità⁸².

Un “diritto alla salute” che, così inteso, non è stato preso in considerazione dal legislatore italiano per le coppie con patologie procreative, né poteva esserlo, se solo si considera la previsione del divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di PMA di tipo eterologo.

Ai sensi dell’art. 5 della L. n. 40/2004, possono far ricorso alla PMA: a) le coppie di persone maggiorenni⁸³ di sesso diverso; b) coniugate o conviventi⁸⁴; c) in età potenzialmente fertile⁸⁵; d) i cui componenti siano entrambi viventi.

⁸¹ In tal senso, L. D’AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, cit., 177.

⁸² Si veda la disciplina sull’aborto (L. 22 maggio 1978, n. 194), la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (L. 23 dicembre 1978, n. 833) e numerose pronunce della Corte Costituzionale (tra le prime e più significative, Corte Cost., 18 gennaio 1975, n. 27).

⁸³ In cui, cioè, entrambi i soggetti siano maggiorenni, come si evince *ex art.* 12, L. n. 40/2004, che, al comma 2, prevede una sanzione per il medico che abbia applicato tecniche di PMA a coppie in cui anche solo «uno dei componenti sia minorenne».

⁸⁴ A proposito delle persone «conviventi», il legislatore non ha precisato i parametri in base ai quali individuare una convivenza da ritenere tale, indicando quanto meno un indizio di stabilità del rapporto sufficientemente attendibile, a differenza di quanto previsto dalla L. 4 maggio 1983, n. 184 in ambito di adozione (ove è richiesta una convivenza di almeno tre anni per potervi accedere), e diversamente dalle normative vigenti in ordinamenti stranieri, quali, ad esempio, quello francese, che impone il requisito di una convivenza almeno biennale.

In controtendenza rispetto alla prevalenza delle normative vigenti in Europa, il legislatore italiano ha scelto di vietare tassativamente, senza eccezioni, la fecondazione eterologa (art. 4, comma 3, L. n. 40/2004), ponendosi, almeno sembra, in contrasto con le stesse finalità della L. n. 40/2004, come rese esplicite dall'art. 1, in base al quale la normativa dovrebbe tendere «a favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana». E nonostante la norma abbia formato oggetto di uno dei quattro quesiti referendari che la Corte Costituzionale aveva ritenuto ammissibili⁸⁶, il mancato raggiungimento del *quorum* nella consultazione referendaria del 12 - 13 giugno 2005 ha lasciato immutata la formulazione legislativa.

⁸⁵ A proposito del requisito relativo all'età «potenzialmente fertile», esso dovrebbe trovare giustificazione sia nella finalità di ridurre i rischi di carattere medico legati a gravidanze in età avanzata, sia nella volontà di assicurare al nascituro genitori che, per età non troppo avanzata, possano garantirgli un'assistenza effettiva nel periodo della sua crescita. Tuttavia la circostanza che l'età debba essere «potenzialmente» fertile espone ad incertezze, considerata la difficoltà di individuare un'età precisa, con possibili dubbi interpretativi e diversità applicative della norma. Sul punto, si vedano: F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 48; G. BALDINI, *Le nuove frontiere del diritto di generare: ius generandi e fecondazione artificiale fra libertà e limiti*, in G. Baldini - G. Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, 28; G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. Stanzone - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., 34 ss..

La legge, inoltre, tace sul momento in cui deve essere accertata la presenza dell'età «potenzialmente» fertile. Momento che potrebbe collocarsi in tempi diversi se si considera, ad esempio, quello in cui si iniziano le procedure ovvero quello (in ipotesi anche di molto successivo) in cui, a seguito di possibile crioconservazione dell'embrione, si decida di trasferirlo nel corpo della donna.

⁸⁶ Con sentenza 28 gennaio 2005, n. 49, in *Giur. cost.*, 2005, 388 ss., la Corte Costituzionale decise per l'ammissibilità del quesito referendario riguardante il divieto di fecondazione eterologa, imposto dalla L. n. 40/2004. In particolare, nel quesito si chiedeva l'abrogazione di parti degli artt. 4, 9 e 12 della L. n. 40/2004, eliminando il divieto e le pesanti sanzioni amministrative previste a carico di chi applica tecniche di PMA eterologa (medico, biologo), ma non della coppia che vi ricorre.

L'unica "apertura", se così si può dire, alla PMA eterologa, non si sa se volontaria o semplicemente imprevista, pare essersi avuta con l'approvazione delle Linee Guida della legge, già a far data da quelle del 2004. Nella parte esplicativa dell'art. 14, si afferma, infatti, testualmente che «la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Poiché le decine di migliaia di embrioni già prodotti e crioconservati presso i centri di assistenza alla procreazione, risultano essere stati almeno in parte ottenuti con procedure di PMA eterologa, la previsione che la donna può sempre ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati equivale alla implicita introduzione di una sorta di "immunità" dal divieto. Occorre notare, però, come la previsione, più che una "apertura" alla PMA, sembrerebbe rappresentare il tentativo di non sacrificare gli embrioni eventualmente già prodotti ed in attesa di impianto, consentendo così di portare a compimento il processo riproduttivo iniziato prima dell'entrata in vigore della L. n. 40/2004. Ciò, tuttavia, non toglie che le conseguenze non possano essere che quelle indicate, cioè di una esenzione dal divieto per chi lo avesse anticipato, "mettendo da parte" l'embrione per future evenienze.

A ben vedere, la *ratio* della previsione del divieto assoluto di PMA eterologa ai sensi dell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, non è del tutto chiara in quanto non è agevole individuare il bene giuridico che il divieto intende tutelare, considerato anche che la tecnica era comunemente applicata prima dell'entrata in vigore della legge, consentita dal codice di deontologia medica ed approvata dal Comitato Nazionale per la Bioetica.

Se il riferimento fosse al bene giuridico della "salute" dei richiedenti – intesa quale concetto relativo in funzione di un completo benessere fisico, mentale e sociale del singolo, come sopra descritto – non vi sarebbe

ostacolo all'ammissione della fecondazione eterologa; si fornirebbe una soluzione, accettata ovviamente da entrambi, alla sterilità o infertilità, si supererebbero ansie, stress, squilibri psicologici più o meno gravi, collegati alla patologia della coppia.

Evidentemente il legislatore ha inteso fare riferimento all'interesse del concepito. Un chiaro richiamo ad esso è contenuto nella relazione dell'On. Dorina Bianchi al disegno di legge⁸⁷, considerato che il divieto di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, è stato giustificato principalmente sulla base dei rischi di natura psicologica cui è esposto il minore, privato della relazione filiale con le sue origini naturali: frammentazione delle figure parentali, allontanamento dai moduli di genitorialità consolidati, crisi di identità del minore⁸⁸. Ulteriori rischi si segnalerebbero, poi, nel caso in cui i genitori dovessero separarsi o, comunque, qualora la conflittualità tra gli stessi aumentasse: il bambino si troverebbe esposto a gravi conseguenze e la sua tranquillità risulterebbe irrimediabilmente compromessa⁸⁹.

⁸⁷ Relazione del 26 marzo 2002.

⁸⁸ Nella Relazione Bianchi alla Camera dei Deputati si legge: «si tratta di situazioni che possono compromettere l'identità stessa del soggetto... Il bambino che nasce con queste tecniche non è a conoscenza del fatto e non mostra particolari problematiche sul piano psicologico, ma solo quando la coppia non presenta problemi ... quando la coppia sviluppa conflitti ... il bambino si trova esposto a gravissime conseguenze».

⁸⁹ L'inconsistenza è evidente: il bambino è sicuramente sottoposto a gravi rischi in caso di separazione dei propri genitori, indipendentemente dalla circostanza che sia nato naturalmente o artificialmente. Deve ritenersi, infatti, che le argomentazioni avanzate contro la fecondazione eterologa in considerazione di una eventuale "crisi della coppia" sono più riferibili ai problemi degli adulti che dei bambini, considerato soprattutto che i minori, legittimi, naturali, adottivi, sono esposti a rischi analoghi in caso di crisi nei rapporti familiari. Gli studi compiuti, infatti, pongono l'accento sull'importanza che riveste, per una formazione equilibrata ed integrale della personalità del bambino, la presenza di una doppia figura genitoriale, a prescindere dalla parentela genetica.

Va osservato, però, come questo supposto turbamento della integrità psicologica del bambino non sia affatto dimostrata⁹⁰. Anzi, sono note le ricerche che dimostrano come la crescita dei bambini nati da fecondazione eterologa non presenti differenze rispetto allo sviluppo dei nati da genitori “naturalisti”⁹¹.

In aggiunta si evidenzia il rischio dal punto di vista etico e sociale di una selezione eugenetica attraverso la possibilità di selezionare i gameti prima dell’impianto, oltretutto il rischio di non conoscibilità dell’identità genetica, che potrebbe condurre anche ad inconsapevoli fecondazioni incestuose⁹².

Non a tutti tali ragioni sono sembrate sufficienti a giustificare la penalizzazione di coppie che aspirano ad un progetto parentale e che, in casi di assoluta e comprovata sterilità o infertilità o di gravi malattie ereditarie trasmissibili, non sono in grado di realizzarlo facendo ricorso a tecniche di tipo omologo.

Tanto più che «il desiderio di prole non si traduce soltanto in quello di generare, bensì anche in quello di stabilizzare e far crescere una famiglia»⁹³.

⁹⁰ Nella relazione di minoranza della XII Commissione permanente (Igiene e Sanità), comunicata alla Presidenza del Senato il 15 settembre 2003, il Sen. Del Pennino faceva rinvio all’audizione del Prof. Canestrari, secondo cui «la convinzione che la frattura tra la sfera biologica e quella sociale comprometta lo sviluppo psichico del nascituro non sembra ricevere conferma dall’orientamento dominante delle scienze psico-pedagogiche. Gli studi compiuti, infatti, pongono l’accento sull’importanza che riveste, per una formazione equilibrata ed integrale della personalità del bambino, la presenza di una doppia figura genitoriale, a prescindere dalla parentela genetica». Sul punto, si veda anche C. FORDER, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro dei diritti dell’uomo*, in *Pol. Dir.*, 1999, 351 ss..

⁹¹ Sul punto si veda, tra gli altri, R. BARTOLUCCI - F. MIRABELLI, *Volando con le cicogne. Storie di coppie infertili prima e dopo la nuova legge*, Perugia, 2005.

⁹² Una panoramica completa delle ragioni che militavano a sostegno della tesi favorevole a non consentire il ricorso alla procreazione eterologa in Italia si poteva rinvenire già in F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, 113 ss..

⁹³ Così L. D’AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, cit., 193.

Frutto anche di una vocazione educatrice e di un atto di generosità, il progetto parentale diviene mezzo di maggiore coesione familiare, nel reciproco vantaggio di tutti i componenti del gruppo. La procreazione assistita viene così a collocarsi come un'alternativa alla procreazione naturale, come un'altra possibilità di filiazione civile.

Aggiungasi che l'idea della preminenza del dato biologico è concezione che può dirsi in via di superamento da parte del sentire sociale e che giuridicamente si pone in obiettiva contraddizione con la legge sull'adozione legittimante. Quest'ultimo istituto è fondato, infatti, su un'idea di famiglia caratterizzata da legami affettivi e dall'assunzione in base ad essi di responsabilità e solidarietà, mentre la relazione biologica scivola in secondo piano⁹⁴. Si è persino rilevato come l'adozione, prevista ed incentivata nel nostro ordinamento e nella stessa L. n. 40/2004, sia nella sostanza una «doppia fecondazione eterologa, di padre e di madre»⁹⁵.

Diversamente, la norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, prevede il divieto assoluto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, motivato con presunzioni e fondato su un concetto non oggettivamente certo quale l'interesse del minore a legami di sangue con i propri genitori.

Ciò spiega il richiamo della dottrina più sensibile all'opportunità di non confondere o di non considerare equivalenti i concetti “diritto del minore” ed “interesse del minore”.

⁹⁴ Sul raffronto tra adozione e fecondazione artificiale si veda L. GRASSO - M. ROBERTI, *In tema di rapporti tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1263 ss..

⁹⁵ Nel Resoconto stenografico della seduta del Senato del 4 dicembre 2003, n. 501, è riportato, tra gli altri, l'intervento del Sen. Longhi, secondo il quale: «... vi è chi spesso proclama di essere dalla parte della famiglia, mentre è contro di essa. Si mette nello stesso calderone l'adozione con la fecondazione medicalmente assistita; poi, si è contro la fecondazione eterologa senza accorgersi che l'adozione è una fecondazione eterologa doppia, di padre e di madre. Però, quando si tratta di uno soltanto dei due soggetti, è vietata».

Se comunque erano queste le preoccupazioni del legislatore, si sarebbe potuto prevedere per le coppie sterili, nell'ipotesi di donazione di gameti, un percorso simile a quello dell'adozione, finalizzato a verificare la idoneità, il grado di maturità e la capacità di responsabilizzarsi dei genitori verso il nascituro.

Si pone, infine il problema se il divieto di fecondazione eterologa osti all'eventuale impianto di embrione che sia stato già fecondato, ad esempio all'estero⁹⁶: è possibile, infatti, che la coppia abbia fatto ricorso ad una struttura sanitaria in altro Stato comunitario per la fecondazione di un certo numero di embrioni *in vitro* con gameti di un donatore terzo ed intenda successivamente impiantarli in una struttura autorizzata in Italia.

A favore della soluzione permissiva risultano diversi dati normativi, da valutare alla luce del principio generale volto a promuovere il processo di procreazione dell'embrione già fecondato (soggetto di diritto, ai sensi dell'art. 1, L. n. 40/2004) e della regola che riconosce in ogni caso il rapporto di filiazione da PMA eterologa (*ex art. 9, L. n. 40/2004*).

In primo luogo, depone in tal senso la formula dell'art. 12, comma 1°, L. n. 40/2004, che nel disporre la sanzione, si riferisce specificamente alla circostanza dell'utilizzo di gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente in violazione del divieto di fecondazione eterologa: quale che sia l'estensione del divieto, è indubbio che la sanzione non si applica all'ipotesi di impianto di embrioni già fecondati con gameti estranei alla coppia.

Nello stesso senso depone, altresì, la disciplina indicata nelle Linee Guida, in applicazione dell'art. 17, la quale prevede, anche in riferimento al caso di embrioni prodotti con seme di donatore fecondati prima della

⁹⁶ Sul punto, si veda C. CASINI - M. CASINI - M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, 184.

normativa attuale, il diritto della donna di ottenere l'impianto degli embrioni crioconservati: disciplina che, se vale per gli embrioni fecondati prima dell'entrata in vigore della legge, può essere estesa anche agli embrioni (legittimamente) fecondati all'estero⁹⁷.

Detto quanto precede e preso quindi atto dell'impossibilità di ricorrere alle tecniche di PMA di tipo eterologo, ai sensi dell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, sorprende la circostanza che il legislatore, dopo avere previsto il divieto, non abbia disposto alcuna sanzione a carico di chi decida di fare egualmente ricorso alla pratica vietata. L'art. 12, comma 8, stabilisce infatti che «l'uomo e la donna ai quali sono applicate le tecniche» di PMA di tipo eterologo «non sono punibili».

Non è dunque difficile ipotizzare che alla pratica vietata possano fare ricorso numerose coppie, eventualmente rivolgendosi a strutture straniere, incrementando, così, quel c.d. "turismo procreativo" che sarebbe stato ragionevole eliminare del tutto piuttosto che, di fatto, incoraggiare⁹⁸.

Nella consapevolezza di quanto appena detto, risulta almeno apprezzabile la circostanza che il legislatore abbia, comunque, compiutamente disciplinato le conseguenze del ricorso alla pratica vietata⁹⁹,

⁹⁷ Così, U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa*, sub *Art. 4*, L. 19 febbraio 2004, n. 40, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Della Famiglia* (a cura di L. Balestra), Torino, 2010, 537 ss..

⁹⁸ Secondo G. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in P. Stanzone - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 128, «dalle disposizioni in materia di PMA eterologa emerge la sconcertante consapevolezza nel legislatore che l'imposizione positiva potrà essere facilmente elusa».

⁹⁹ Per M. MANTOVANI, *La filiazione legittima e naturale*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Milano, 2012, 37, la formulazione è «contraddittoria [...]». Ma l'apparente contraddittorietà se per un verso costituisce una presa d'atto della fragilità del divieto e della facilità della sua elusione, per l'altro si giustifica alla luce dell'interesse del figlio al conseguimento ed alla conservazione dello *status*». Ritiene il divieto della PMA eterologa «scarsamente

regolando, tra l'altro, la problematica di fondamentale importanza legata all'individuazione dei rapporti parentali tra i soggetti coinvolti, stabilendo, in particolare – come meglio si vedrà nel paragrafo 3 del presente capitolo – l'impossibilità per il padre “sociale” di disconoscere il nato, adducendo l'inesistenza di una discendenza biologica.

Diversamente dai soggetti che si sottopongono a tecniche di PMA di tipo eterologo, a carico dei quali il legislatore non ha previsto sanzioni (art. 12, comma 8, L. n. 40/2004), l'art. 12, comma 1°, L. n. 40/2004, statuisce che «chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro». A tale sanzione «straordinariamente ed irragionevolmente gravosa»¹⁰⁰ si accompagna, a titolo di sanzione amministrativa accessoria, la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria da uno a tre anni (art. 12, comma 9, L. n. 40/2004)¹⁰¹.

L'illecito amministrativo è di mera condotta e si consuma con il semplice ricorso alla tecnica, senza che sia necessario ottenere un embrione.

comprensibile dal punto di vista logico», G. DOSI, *Procreazione assistita, finalmente una legge: ma quanti limiti!*, in *Dir. e giust.*, 2003, fasc. 46, 13.

¹⁰⁰ Così, S. CANESTRARI, *Disciplina della procreazione medicalmente assistita e responsabilità del medico*, in S. Canestrari - M. P. Fantini (a cura di), *La gestione rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico - chirurgica*, Milano, 2006, 84.

¹⁰¹ Ex art. 12, comma 10, L. n. 40/2004, anche a carico della struttura all'interno della quale la pratica viene eseguita è prevista una sanzione e, precisamente, la sospensione per un anno dell'autorizzazione – rilasciata ai sensi dell'art. 10, L. n. 40/2004 – per svolgere attività di procreazione medicalmente assistita. Nel caso di più violazioni dell'art. 12 o nell'ipotesi di recidiva, l'autorizzazione rilasciata al centro può essere revocata (art. 12, comma 10, L. n. 40/2004).

La previsione del divieto di fecondazione eterologa come illecito amministrativo anziché penale ha suscitato in dottrina reazioni di segno opposto¹⁰².

La particolarità della norma in questione risiede nella circostanza che l'entità della sanzione principale e l'afflittività delle sanzioni accessorie sembrano rimandare ad un illecito sostanzialmente penale. Pertanto, alla base di sanzioni, soprattutto con riferimento a quella principale, fortemente punitive, l'obiettivo è ricercare un bene giuridico di rilievo costituzionale per la cui tutela sia giustificato il ricorso a sanzioni del genere. Dal momento, però, che né la fedeltà coniugale¹⁰³ né la naturalità della procreazione (coincidenza tra genitorialità biologica e sociale) risultano avere un fondamento costituzionale e non sono più avvertite dalla coscienza collettiva come bisognose di una tutela penale, non resta che ipotizzare come il legislatore abbia piuttosto voluto tutelare un bene di carattere fortemente ideologico, che in uno Stato secolarizzato quale il nostro è privo di fondamento¹⁰⁴.

¹⁰² Sul punto si vedano, *ex multis*, A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 354; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 676 ss.; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 418, il quale afferma che è avvenuta «una fecondazione eterologa nell'ambito della più ampia categoria del diritto punitivo: il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo»; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 448 ss.; F. LAMBERTUCCI, (voce) *Depenalizzazione*, in F. C. Palazzo - C. E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 674.

¹⁰³ Così S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 418, e G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, 659.

¹⁰⁴ Sul punto, si vedano M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, 123, e G. FERRANDO, *La nuova legge in*

In definitiva, è evidente come il divieto di cui agli artt. 4, comma 3, e 12, comma 1°, L. n. 40/2004, comporti «una ingerenza ingiustificata in legittime scelte procreative della coppia»¹⁰⁵: i connotati di laicità dello Stato non tollerano che, in ossequio ad un codice etico - religioso, si punisca – per di più con estrema durezza – il ricorso a tecniche alle quali si rimprovera di accentuare, attraverso l'intervento di un donatore, il tasso di artificialità proprio della fecondazione assistita¹⁰⁶.

2. Il consenso prestato dai coniugi o conviventi.

Le coppie che intendono accedere alle tecniche di PMA sono tenute preventivamente a manifestare un consenso alle stesse (art. 4, comma 2, lett. b, L. n. 40/2004), dopo aver ricevuto ben precise informazioni (art. 6).

Il medico cui la coppia si rivolge per dare inizio alle pratiche ha, infatti, l'obbligo di informare previamente la coppia, in modo dettagliato, sui metodi che verranno adottati, sulle problematiche bioetiche, sui possibili effetti collaterali, sia sanitari sia psicologici, sulle probabilità di successo delle diverse tecniche, sui rischi e sulle conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro, sui costi economici dell'intera procedura adottata, qualora si realizzi presso strutture private autorizzate. È altresì

materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche, in *Corr. Giur.*, 2004, 813 ss..

¹⁰⁵ Così S. CANESTRARI, *Disciplina della procreazione medicalmente assistita e responsabilità del medico*, in S. Canestrari - M. P. Fantini (a cura di), *La gestione rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico - chirurgica*, cit., 86.

¹⁰⁶ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 43 ss., sottolinea come «le pesanti sanzioni punitive previste dalla L. n. 40/2004 siano poste unicamente ad usbergo della “ortodossia fecondativa”, ossia a presidio del principio eticizzante della naturalità della procreazione».

previsto che alla coppia debba essere prospettata, «come alternativa alla PMA», la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento, ai sensi della L. n. 184/1983¹⁰⁷.

La L. n. 40/2004 indica, in modo assolutamente esaustivo, anche i tempi caratterizzanti questa fase informativa (che deve attuarsi sia prima del ricorso alle tecniche di PMA sia in ogni fase di applicazione delle tecniche stesse, realizzando un *continuum* dell'approccio diagnostico e terapeutico dell'infertilità), nonché il fine, che è quello di «garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa»¹⁰⁸.

La volontà dei soggetti di accedere alle tecniche di PMA deve essere manifestata per iscritto¹⁰⁹, congiuntamente al sanitario, e può essere revocata da ciascuno dei componenti la coppia solamente «fino al momento della fecondazione dell'ovulo (art. 6, comma 3, L. n. 40/2004), mentre diviene irrevocabile a fecondazione avvenuta. La previsione della irrevocabilità, evidentemente, rafforza la necessità di maturazione e consapevolezza della decisione presa dalla coppia e, volendo prevenire un ripensamento “tardivo”, è finalizzata alla tutela dell'embrione creato *in vitro*, onde impedirne la distruzione o la crioconservazione.

¹⁰⁷ Sulla circostanza che l'adozione non sia una reale «alternativa» alla PMA, si vedano R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 229 ss., e F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzione - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 107.

¹⁰⁸ Anche in questo non trascurabile dettaglio, si coglie l'attenzione del legislatore nei confronti del diritto del figlio a nascere in un contesto familiare composto da due persone pienamente consapevoli del loro ruolo genitoriale e dei conseguenti obblighi di istruzione, educazione e mantenimento del proprio bambino.

¹⁰⁹ Dal momento in cui il consenso viene prestato all'inizio dell'applicazione della tecnica stabilita deve trascorrere un limite temporale non inferiore a sette giorni. Entro questo termine, e comunque in ogni momento fino alla fecondazione dell'ovulo, il consenso può essere revocato.

La norma di cui all'art. 6, comma 3, L. n. 40/2004, ha suscitato più di un dubbio interpretativo.

In primo luogo, si rileva come il legislatore – dopo aver posto il divieto della revoca del consenso – non abbia poi previsto alcuna sanzione per il suo mancato rispetto.

A tal riguardo, una grave perplessità nasce dalla constatazione che ritenere inefficace una revoca del consenso, comunque manifestata, almeno dalla donna, anche dopo la fecondazione, significherebbe imporre la prosecuzione delle operazioni, con il successivo trasferimento dell'embrione ottenuto nell'utero materno. E ciò, evidentemente, si pone in contrasto con l'art. 32, comma 2, Cost., secondo cui «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Ovviamente, la semplice circostanza che, in via interpretativa, si possa ipotizzare il trasferimento forzoso dell'embrione creato *in vitro* nell'utero materno non può certo essere ritenuta sufficiente per ammetterne la praticabilità.

In secondo luogo, l'imposizione del trasferimento in utero si porrebbe in contraddizione con la L. n. 194/1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, la quale, nel tutelare la salute della donna, le consente – ai sensi dell'art. 4 – di porre termine alla gravidanza ogniqualvolta la stessa, «in relazione alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento» possa arrecare serio pericolo per la sua salute «fisica o psichica». E poiché il trasferimento forzato dell'embrione rappresenterebbe certamente operazione non solo pericolosa ma anche lesiva della salute fisica e psichica della donna, non vi sarebbe dubbio che la stessa, subito dopo quella operazione, potrebbe decidere di ricorrere all'interruzione della gravidanza.

Ancora, la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145, prevede, ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 3, che «un intervento sanitario» – quale senz'altro deve essere definito l'impianto dell'embrione nell'utero della donna – «non può essere effettuato in assenza di libero consenso del soggetto destinatario» e che «il consenso prestato può in ogni momento essere liberamente revocato».

In conclusione, nonostante la previsione di legge, la revoca, anche tardiva, del consenso procreativo manifestato dalla donna deve ritenersi legittima¹¹⁰, per l'evidente contrasto con i vigenti insuperabili principi legislativi, costituzionali e non, che altrimenti si porrebbe¹¹¹.

Per contro, l'uomo potrà efficacemente revocare il proprio consenso sino al momento della fecondazione, dopo di che la revoca sarà senza effetto ed il medico non potrà tenerne alcun conto¹¹².

¹¹⁰ Ritengono che, malgrado la formulazione letterale della norma, la revoca del consenso, ancorché “tardiva”, sia di fatto possibile ed abbia effetto preclusivo della prosecuzione delle pratiche: A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012, 413; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2009, 302 ss.; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 417; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. Stanzone - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 239. Conclusione fatta propria anche dalla giurisprudenza (Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, n. 191), secondo cui deve negarsi una «pure astratta ammissibilità di un impianto coattivo degli embrioni laddove la donna intenda revocare il proprio consenso».

¹¹¹ Della impossibilità del trasferimento forzato avevano pure preso atto le Linee Guida del 2004 (anche se l'affermazione è stata abrogata dalle successive Linee Guida del 2008 della L. n. 40/2004) che avevano espressamente previsto che il trasferimento dell'embrione fosse «non coercibile».

¹¹² Qualora si prospettasse la situazione di una separazione tra coniugi nelle more delle pratiche fecondative, il giudice non potrebbe accogliere la pretesa dell'uomo che, revocato il consenso al trasferimento in utero dell'embrione, intenda far valere il diritto a non diventare padre contro la sua volontà. Vi è, dunque, una sorta di disparità di trattamento tra la situazione dell'uomo e quella della donna, che tuttavia non appare incongrua o in violazione dell'art. 3 Cost., stante la diversa funzione dei *partners* nel processo riproduttivo ed il diritto della donna ad opporsi ad un trattamento sanitario indesiderato.

Non è chiara la sorte dell'embrione formatosi, una volta che la donna ne rifiuti il trasferimento¹¹³.

Quale ulteriore condizione di non procedibilità delle pratiche di PMA – oltre alla revoca del consenso – l'art. 6, comma 4, L. n. 40/2004, prevede, infine, che «il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla PMA esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario». In tal caso, è comunque tenuto a fornire alla coppia una motivazione scritta della propria decisione.

Con particolare riferimento alle tecniche di PMA di tipo eterologo, non mancano criticità e dubbi interpretativi derivanti dalla lacunosità delle norme di cui alla L. n. 40/2004 o dalla difficoltà di coordinamento con altre disposizioni normative (anche della stessa L. n. 40/2004).

Innanzitutto – come meglio si vedrà nel paragrafo successivo del presente capitolo – l'art. 9, comma 1°, L. n. 40/2004, nel negare alcune azioni al «coniuge o convivente il cui consenso al ricorso alle tecniche di PMA eterologa sia ricavabile da atti concludenti», non chiarisce il destino della ipotesi di revoca del consenso da parte dei soggetti che si sottopongono a tali pratiche procreative.

Sembra, dunque, che per coerenza con quanto previsto per la PMA di tipo omologo, argomentando *ex art.* 6, comma 3, L. n. 40/2004, si possa affermare che – anche in caso di PMA eterologa – il consenso deve intendersi come non dato in tutti i casi in cui sia revocato prima che si proceda alla fecondazione dell'ovulo.

Sempre con riferimento all'eventuale ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004,

¹¹³ Secondo M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 304, «l'ipotesi potrebbe rientrare fra quelle in cui la legge (art. 14, comma 3, L. n. 40/2004) ne consente la crioconservazione».

il legislatore non ha previsto che il consenso debba essere espresso in una forma particolare per far seguire l'applicazione delle speciali disposizioni finalizzate ad evitare ripensamenti. Ne consegue, che l'onere di provare il fatto che il consenso fu effettivamente prestato è di poco agevole assoluzione, soprattutto in certi casi di inseminazione eterologa effettuata all'estero.

In alcuni dei paesi europei a cui più spesso si rivolgono gli aspiranti genitori italiani è consentito, infatti, l'accesso alle tecniche di PMA anche alle donne sole¹¹⁴ ed è, quindi, tutt'altro che improbabile che non sia sempre documentato il consenso del coniuge o del convivente. È chiaro che, in questi casi, rimettere alla prova testimoniale l'esistenza o meno del consenso lascerebbe notevoli margini di incertezza.

Non è perciò da escludere che in simili situazioni, piuttosto che affidarsi a testimoni, i giudici possano optare per il ricorso a presunzioni¹¹⁵. E la soluzione più agevole è probabilmente quella di presumere che due persone coniugate o stabilmente conviventi abbiano deciso insieme il ricorso alla PMA di tipo eterologo.

¹¹⁴ È il caso di Gran Bretagna, Spagna e Belgio, come si evince dall'analisi condotta nel paragrafo 3 del capitolo I della presente tesi.

¹¹⁵ In tal senso, F. BORRELLO, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2010, 950, e ID., *La procreazione eterologa. Poche norme, molti interrogativi*, in M. Dossetti - M. Lupo - M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 125 ss..

3. I divieti di disconoscimento di paternità e di anonimato della madre.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1°, L. n. 40/2004, nel caso di ricorso a fecondazione eterologa, il coniuge o convivente¹¹⁶, il cui consenso sia ricavabile da «atti concludenti»¹¹⁷, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, comma 1°, nn. 1 e 2 c.c., né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c.¹¹⁸.

¹¹⁶ Secondo S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 133, «...stupisce, per certi versi, l'equiparazione al coniuge del convivente in una legge di stampo conservatore, ma soprattutto si avverte la mancanza di qualsiasi previsione in merito alle caratteristiche della convivenza. In tal modo il legislatore ha invero mostrato coerenza con la normativa in tema di "ordini di protezione contro gli abusi familiari" (art. 342 *bis* e ss. c.c.), poiché anche in quel caso non è prevista alcuna caratteristica della convivenza. Tuttavia, se la scelta sembra da condividere nel caso degli abusi familiari, trattandosi di tutelare una persona dalla violenza, dubbi sussistono con riferimento alla materia in esame, potendo apparire più opportuna la soluzione privilegiata in altri ordinamenti giuridici che richiedono una convivenza "stabile"».

¹¹⁷ Si veda M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, in *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., 185, ove si definisce «curioso» che la norma non richieda il consenso scritto analogamente a quanto disposto per la procreazione omologa, ma se ne ascrive la ragione alla circostanza che «il legislatore, dibattendosi nelle sue contraddizioni, non vuole disciplinare forme e procedure per una tecnica che ha vietato». Con riferimento al consenso ricavabile da «atti concludenti», secondo F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali ed intervento legislativo*, Napoli, 2010, 237 ss., «il rischio è che, attraverso il generico criterio prospettato, si finisca per attribuire la paternità addirittura ad un uomo che, in realtà, non abbia mai effettivamente manifestato il proprio desiderio di genitorialità, neppure soltanto inizialmente. L'indagine relativa alla sussistenza di «atti concludenti» implica, infatti, quasi inevitabilmente, un giudizio essenzialmente probabilistico, non essendo prevista la necessità di ancorare la stessa a dati certi ed indiscussi, come sembrerebbe richiedere, invece, la gravità delle conseguenze previste».

¹¹⁸ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 103, osserva, al riguardo, come la tutela riservata dal legislatore al nato da fecondazione eterologa sia, rispetto a quella prevista per il nato da fecondazione omologa,

La disposizione citata vieta, dunque, da un lato, il disconoscimento da parte del presunto padre legittimo, dall'altro, l'impugnazione del riconoscimento da parte del compagno della madre, garantendo – così – definitivamente al nato il mantenimento dello *status* di figlio legittimo o di figlio naturale riconosciuto ed assicurandogli il requisito della bigenitorialità.

«diversa e minore, limitazione che, per ciò stesso, può apparire ingiustificata. ... I nati da procreazione eterologa non hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti dai genitori biologici ma o lo stato (presunto) di figli legittimi della coppia di coniugati (salvo disconoscimento da parte del coniuge che non abbia dato l'assenso) o nessuno stato nei rapporti con i genitori "non conviventi" (salvo il divieto di anonimato della madre e salvo il volontario riconoscimento come figlio naturale); e ciò benché lo "stato" di nato da procreazione assistita sia "registrato" ai sensi dell'art. 11 che non distingue (giustamente) tra procreazione omologa ed eterologa». A ben vedere, tale conclusione sembra presentarsi valida soltanto se non si voglia ritenere desumibile dall'art. 9, comma 1°, L. n. 40/2004, una volontà legislativa nel senso di estendere anche al caso di nascita da procreazione eterologa la disciplina contenuta nell'art. 8 della L. n. 40, ove si considera "automaticamente" come naturale riconosciuto il figlio procreato artificialmente da una coppia non unita in matrimonio. E proprio alla luce del combinato disposto degli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004, una simile opzione interpretativa sembra tutt'altro che azzardata. Sembra da ammettersi, infatti, che il legislatore, dato per scontato l'"automatico" acquisto dello stato di figlio, abbia inteso considerare la richiesta di accesso alla procreazione assistita – sia essa, dunque, omologa o eterologa – quale vero e proprio riconoscimento volontario, ai sensi degli artt. 250 ss. c.c.. Secondo R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà e P. Zatti), II, cit., 1529, «la disposizione parrebbe imporre il riconoscimento del figlio naturale nato a seguito di PMA. L'art. 8, L. n. 40/2004, attribuendo al nato da genitori non uniti in matrimonio lo *status* di figlio naturale riconosciuto, introduce una deroga rispetto ai principi vigenti in ambito di filiazione naturale, ove il riconoscimento del nato è, *ex art.* 250 c.c., atto discrezionale di ciascuno dei genitori (dove la differenza tra filiazione naturale riconosciuta e non). La giustificazione di tale diversità rispetto alla disciplina codicistica potrebbe individuarsi nella circostanza che in ambito di PMA la particolare e minuziosa disciplina dettata dalla legge in materia di rilascio e raccolta del consenso alle tecniche fa presumere che chi ad essa si rivolge abbia piena coscienza e determinazione di compiere (e portare a termine) ciò che sta facendo. Non è, quindi, illogico che, in un'ottica di tutela del nato, al consenso prestato per l'accesso alle tecniche il legislatore riconnetta, *ex lege*, anche il riconoscimento del nato».

A ben vedere, il legislatore opportunamente non si è spinto fino a richiedere che la coppia sia unita in matrimonio, limitandosi al requisito della convivenza, peraltro imprecisato per quanto riguarda i criteri di accertamento e rimesso alle mere dichiarazioni dei soggetti - utenti. Ciò può far ritenere che il legislatore si sia voluto limitare a garantire al nascituro non tanto una famiglia più o meno coesa, quanto figure genitoriali pienamente responsabili verso il progetto parentale e consapevoli di assumere i doveri che dalla nascita del figlio conseguono per garantire il suo corretto sviluppo psico-fisico¹¹⁹.

La norma di cui all'art. 9, comma 1°, L. n. 40/2004, si pone come il risultato di un travagliato *iter* giurisprudenziale: si consideri, infatti, che prima della L. n. 40 la giurisprudenza era orientata nel senso di ammettere a favore del marito l'azione di disconoscimento di paternità pur se lo stesso avesse previamente espresso il proprio consenso alla PMA eterologa, ossia all'inseminazione della moglie da parte di un terzo donatore di seme.

¹¹⁹ In tal senso, L. D'AVACK, *Diritti del minore e procreazione medicalmente assistita*, in L. Palazzani (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, cit., 65, secondo il quale «la tesi restrittiva che vuole la fecondazione riservata solo all'interno del matrimonio, è generalmente giustificata in nome di una maggiore stabilità della famiglia e quindi di una maggiore tutela giuridica del minore. Ma istituti quali la separazione e il divorzio confermano da una parte che non è detto che il matrimonio garantisca oggi maggiore coesione e certezza al nucleo familiare di quanto non avvenga nell'ambito della c.d. famiglia di fatto e dall'altra che la stabilità della famiglia non è un interesse giuridicamente protetto in via prioritaria. Per quanto concerne la tutela giuridica, l'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi nell'ambito del nostro ordinamento stempera la preoccupazione di disparità assistenziale e patrimoniale. Pertanto, anche a volere ritenere che l'interesse del figlio è meglio garantito da genitori coniugati, non si può impedire l'accesso alla fecondazione artificiale alla coppia non legalmente vincolata che si assume tutti gli obblighi propri di un padre e di una madre verso una filiazione naturale. ...».

Tralasciando le decisioni più risalenti¹²⁰, anche più recentemente era dato leggere che «solo la diretta derivazione genetica (...) è idonea a costituire un vero e proprio rapporto giuridico di filiazione», con la conseguenza che l'eventuale consenso prestato dal marito non può essere considerato «idoneo ad escludere l'azione di disconoscimento» e che allo stesso non può attribuirsi «il significato di una implicita preventiva rinuncia all'azione» in quanto «il diritto all'esercizio delle azioni relative allo *status* personale è indisponibile»¹²¹.

La decisione, seppur fortemente contestata¹²², era stata in seguito confermata dalla Corte di Appello di Brescia¹²³, la quale aveva riaffermato che principio fondamentale del nostro ordinamento fosse il «fondamento genetico della filiazione (...) in quanto proprio la riforma del diritto di famiglia e le altre leggi speciali (...) hanno stabilito la supremazia del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*».

¹²⁰ Trib. Roma, 30 aprile, 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1212 ss. ed in *Giur. it.*, I, 2, 217 ss..

¹²¹ Così, Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in: *Dir. fam. e pers.*, 1994, 702 ss.; *Dir. eccl.*, 1995, II, 169 ss.; *Giust. civ.*, 1994, I, 1687 ss.; *Foro it.*, 1994, I, 1576 ss.; *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 541 ss.; *Giur. it.*, 1994, I, 2, 996 ss.; *Giur. it.*, 1995, I, 2, 582 ss..

¹²² Molto è stato scritto a commento di tale pronuncia e non certo in senso favorevole: G. SCIANCALEPORE, *Commento a Trib. Cremona 17 febbraio 1994*, in *Corr. giur.*, 1994, 633 ss., ne ha criticato l'impostazione metodologica, tesa alla ricerca della norma codificata – nel caso di specie, inesistente – invece che ad una interpretazione sistematica, volta all'affermazione di quel principio dell'interesse del minore che, si dice, caratterizza non solo le scelte legislative, ma anche quelle giudiziali; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 185 ss., ha rilevato – invece – come il consenso, quale espressione della solidarietà familiare e della responsabilità che ciascun coniuge assume nei confronti della filiazione, non dovrebbe essere considerato revocabile, quantomeno dopo che l'inseminazione sia stata criticata; si sono richiamate, infine, le numerose esperienze legislative straniere, tutte orientate a sancire l'irretrattabilità del consenso.

¹²³ App. Brescia, 10 maggio 1995, in *Dir. fam.*, 1997, 738 ss. ed in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 116 ss..

L'orientamento è mutato in seguito alla sentenza di merito¹²⁴ che, raccogliendo le indicazioni di Corte Costituzionale¹²⁵ e Cassazione¹²⁶, ha

¹²⁴ Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, 185 ss., ha ritenuto che l'art. 235 c.c. trovasse sì piena applicazione, ma nel contempo ha operato una netta diversificazione tra ipotesi di fecondazione naturale e fecondazione artificiale: soltanto nella prima il disconoscimento di paternità discende necessariamente dalla concomitante presenza dell'adulterio e della mancata derivazione biologica tra il figlio ed il marito della madre; in caso di procreazione artificiale, invece, preminente rilievo deve essere riconosciuto all'elemento volitivo, con la conseguenza che il disconoscimento di paternità sarà proponibile solo qualora manchi il consenso del marito.

¹²⁵ Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, 461 ss., con nota di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato*; anche in: *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51 ss.; *Dir. fam.*, 1999, 11 ss. e 505 ss.; *Vita not.*, 1995, 35 ss.; *Foro nap.*, 1999, 7 ss.. La Corte Costituzionale ha dichiarato la inapplicabilità dell'azione di disconoscimento di paternità ai figli procreati con tecnica riproduttiva eterologa; ad avviso della Corte, infatti, l'art. 235 c.c. «riguarda esclusivamente le ipotesi in cui la generazione segua ad un rapporto adulterino», risultando quindi «estranea alla regolazione della fattispecie di disconoscimento del bambino nato mediante fecondazione assistita eterologa attuata con il consenso di entrambi i genitori».

¹²⁶ Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in: *Dir. fam. e pers.*, 1999, 1095 ss.; *Mass. Giust. civ.*, 1999, 573 ss.; *Giust. civ.*, 1999, I, 1317 ss.; *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1058 ss.; *Fam. e dir.*, 1999, 233 ss.; *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 517 ss.; *Vita not.*, 1999, 673 ss.. In tale sentenza, si è affermato il primato del principio di responsabilità della procreazione rispetto al dato biologico, per cui il consenso del marito, chiaro e definito, esclude ogni valore del rapporto biologico diverso e rende equiparabile la relazione affettiva e sociale a quella di un rapporto di adozione. La Corte ha, altresì, ribadito la totale estraneità delle norme codicistiche sul disconoscimento di paternità rispetto alle tecniche eterologhe; anzi proprio il ricorso alla procreazione assistita sarebbe testimonianza del «rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale per procreare». Si è, in secondo luogo, evidenziato come legittimare il marito consenziente avrebbe privato il figlio della figura paterna ledendo in tal modo i suoi diritti costituzionalmente riconosciuti e protetti. Da ultimo, si è richiamato il concetto di solidarietà familiare, basato sui principi di correttezza, lealtà e buona fede. Del tutto concordi con i principi espressi dalla sentenza, C. M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, 1324 ss., che parla espressamente di maggiore «giustizia familiare» e S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, cit., 128, secondo il quale «in tal modo, la Corte ha sanzionato il comportamento contraddittorio del coniuge che ha violato il divieto del *venire contra factum proprium*. ... L'antico divieto ha certamente ispirato la decisione e ne costituisce il fondamento. Il

negato la facoltà di disconoscimento della paternità al coniuge che aveva concordato e prestato il proprio consenso alla PMA della moglie con il seme di un terzo.

A ben vedere, non sono pochi gli aspetti critici che contraddistinguono la previsione di cui all'art. 9, L. n. 40/2004.

In primo luogo, la previsione si rivela poco coerente in relazione alla norma della stessa legge (art. 4) che sancisce il divieto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo. Invero, la scelta di disciplinare le conseguenze di un'attività che, contemporaneamente, si è inteso vietare appare alquanto contraddittoria¹²⁷. D'altro canto prospettare l'eventualità che, nonostante il divieto normativo, si ricorra comunque alla procreazione eterologa, significa proprio riconoscere la debolezza, sul piano sociale, delle opzioni della legge stessa, finendo, così, con il vanificarne, in concreto, la portata: una legge strutturata in modo deciso e lineare non dovrebbe avere bisogno di disciplinare i (ritenuti evidentemente) probabili effetti della sua

comportamento contraddittorio non merita tutela in quanto viola i principi di buona fede e correttezza nonché la lealtà nei rapporti giuridici. ... Si impone la lealtà nei confronti del coniuge ed il rispetto dell'affidamento suscitato; si impone soprattutto la lealtà nei confronti del nato, concepito sulla base di una scelta consapevole e di un progetto di vita, espressione di solidarietà coniugale. ...». Per un esaustivo commento della pronuncia in esame, si veda P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento*, in *Corr. giur.*, 1999, 401 ss..

¹²⁷ Secondo R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 119 ss., «escluso che possa parlarsi di “schizofrenia legislativa”, parrebbe piuttosto doversi ritenere che ciò che stava a cuore al legislatore fosse non tanto di sventare o scoraggiare pesantemente il ricorso ad una pratica deprecata, quanto di far sì che essa non venisse praticata in Italia, lasciando sostanzialmente liberi i soggetti di praticarla altrove». Si veda anche M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo), vol. III, Torino, 2007, 283, secondo la quale «si ha la sensazione di una, per così dire “tacita accettazione” della tecnica riproduttiva vietata, come se si fosse dovuto “vietare”, ma, nel contempo, si avesse la consapevolezza che, in ogni caso e nonostante il divieto, il ricorso alla procreazione eterologa avrebbe continuato ad esservi».

violazione¹²⁸. Ma, come non si è mancato di osservare¹²⁹, la tutela dell'interesse del generato è sembrata, evidentemente, imporsi sulla coerenza logica della disciplina.

In secondo luogo, si pone il dubbio se la disciplina a tutela del nato da fecondazione eterologa sia applicabile anche qualora manchino i requisiti soggettivi di cui all'art. 5, L. n. 40/2004.

Va sicuramente ammessa la sussistenza del rapporto di filiazione quando la tecnica di procreazione artificiale, di tipo eterologo, sia stata applicata ad una coppia nella quale uno o entrambi i componenti non sono più in età

¹²⁸ A tal riguardo, si veda F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali ed intervento legislativo*, cit., 198 ss., secondo la quale «se nella legge ci si fosse limitati ad affermare la paternità (e la maternità) dei soli genitori biologici, come sarebbe stato più coerente, considerata la sancita ammissibilità delle sole tecniche omologhe, di sicuro le pratiche fecondative di tipo eterologo sarebbero state concretamente scoraggiate e, di conseguenza, non si sarebbe neppure avvertita la necessità di una disposizione come quella contenuta nell'art. 9. ... Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento alla coppia: se le parti che intendano ricorrere alla procreazione eterologa, anziché vedersi riconosciuta la possibilità di realizzare, comunque e senza alcuna sanzione, ad onta di ogni divieto, il proprio desiderio di genitorialità, fossero costrette a dover accettare il rischio che la paternità non venga attribuita secondo i loro desideri (e, eventualmente, addirittura al donatore), probabilmente svilupperebbero una minore propensione nei confronti delle tecniche eterologhe».

¹²⁹ Secondo S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, cit., 125, «la fecondazione eterologa richiede di privilegiare una verità giuridica che consapevolmente si distacca dalla realtà, al fine di favorire l'armonia della famiglia e la persona del nato». Anche secondo G. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in P. Stanzione - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 148, «nella fecondazione artificiale eterologa l'interesse del minore pone utilmente in crisi l'assoluta supremazia espressa dal *favor veritatis*. Al contrario, qualora si permettesse il disconoscimento di paternità al marito (consenziente) della partoriente si dissolverebbe arbitrariamente l'interesse (*rectius*: il diritto) del minore – costituzionalmente rilevante – consistente nel fruire di un equilibrato apporto affettivo, derivante dalla persistenza delle due figure genitoriali». In proposito, si veda anche V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, 265 ss..

potenzialmente fertile: in questo caso, alla tutela dell'interesse del nascituro non si contrappongono interessi di segno diverso.

Meno sicura appare la soluzione nel caso in cui insieme alla madre abbia espresso il consenso alla fecondazione eterologa un soggetto non convivente¹³⁰: in senso ostativo sembra disporre lo stesso art. 9, comma 1°, L. n. 40/2004, che è riferito soltanto al coniuge o convivente; nel senso dell'irrilevanza del requisito della convivenza, tuttavia, depone l'esigenza di riconoscere un rapporto di paternità al nascituro con il soggetto che ha espresso una volontà di accoglimento¹³¹.

Infine, non si può tralasciare di evidenziare come la fecondazione extra-corporea consenta anche la donazione di ovociti, e non soltanto quella di gameti maschili, finora presa in esame.

Si può, pertanto, considerare l'ipotesi di una donatrice che fornisce gli ovociti i quali, fecondati in provetta con il seme di un uomo, vengono poi impiantati non in colei da cui sono stati espianati, bensì nella moglie di chi ha fornito i gameti maschili: il figlio così concepito sarà geneticamente legato al padre ma non alla madre.

¹³⁰ Si possono ricomprendere in questa fattispecie sia l'ipotesi in cui il soggetto abbia dichiarato di essere convivente e sia stata accertata la falsità della dichiarazione, sia quella in cui la dichiarazione non vi sia stata ma l'intervento sia stato eseguito ugualmente.

¹³¹ Tale soluzione sembra porre problemi ogniqualvolta la donna che ricorre alla PMA sia coniugata o convivente con un soggetto diverso da quello che ha espresso il consenso. In caso di donna coniugata, la questione va affrontata e risolta in sede di coordinamento con la disciplina generale della filiazione, in cui prevale in linea di principio il rapporto di filiazione legittima (salvo il diritto del coniuge di agire per il disconoscimento, equiparando l'intervento di procreazione assistita in coppia con un terzo all'adulterio: in tal caso, una volta venuto meno lo *status* di figlio legittimo, si potrà costituire il rapporto di filiazione naturale con il soggetto che ha espresso la volontà di accoglimento); in caso di donna convivente, la soluzione va riaffermata in quanto, in linea di principio, non appare perseguibile l'alternativa di stabilire un rapporto di filiazione con il convivente non consenziente.

Nulla dice la L. n. 40/2004 in proposito, salvo prevedere il generale divieto di ricorso a tecniche eterologhe. D'altro canto, rimasto immutato il principio per il quale madre è colei che ha partorito (art. 269 c.c.), il mancato legame biologico con la madre non comporta alcuna conseguenza giuridicamente rilevante.

Ciò che deve essere rilevato, peraltro, è che la considerazione della donazione di ovociti quale forma di procreazione eterologa comporta che trovino applicazione certa le norme dettate dalla legge per queste tecniche riproduttive ed, in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 8 e 9, comma 3, L. n. 40/2004: il nato sarà figlio legittimo della coppia, se coniugata, o figlio naturale riconosciuto e la donatrice di ovociti vedrà garantito il proprio anonimato.

A fronte di una paternità così attribuita, il legislatore, mediante la previsione di una norma ispirata alla tutela del nato, ha escluso – *ex art. 9, comma 2, L. n. 40/2004* – la possibilità che la madre del procreato artificialmente dichiari la propria volontà di non essere nominata al momento della nascita¹³², al fine di evitare il fenomeno della maternità surrogata, vietato dalla stessa L. n. 40¹³³; possibilità concessa, invece, alla

¹³² Secondo M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore ad una famiglia*, Milano, 2002, 531 ss., «costringere la madre ad essere nominata può convertirsi (almeno indirettamente) in uno svantaggio per il figlio che potrebbe vedere posticipati i tempi di un abbandono, dichiarabile invece già al momento della nascita (ai fini di una pronuncia di adozione legittimante)».

¹³³ Con riferimento al nato mediante il ricorso a tecniche di PMA, ritiene F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali ed intervento legislativo*, Napoli, 2010, 239, che «se l'esigenza di tutela della posizione del nato fosse realmente tale da giustificare la preclusione alla donna fecondata artificialmente del diritto di conservare l'anonimato al momento del parto, la medesima esigenza dovrebbe, a maggior ragione, indurre a privare la gestante stessa della facoltà – che la L. n. 40, invece, le riconosce – di ricorrere alle pratiche abortive. ... Non è da sottovalutare il rischio che l'eliminazione della facoltà della

donna che partorisca naturalmente, ai sensi dell'art. 30, comma 1°, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, quando ella non voglia o non possa assumersi da sola la responsabilità derivante dalla maternità¹³⁴.

La *ratio* di tale previsione è, dunque, evidentemente fondata sul momento volitivo della procreazione, dato che il legislatore ritiene contraddittorio che la madre, dopo essersi sottoposta con così tanta consapevolezza alle pratiche in questione, si dichiari poi non più disponibile a riconoscere come propria la creatura alla quale ha dato la vita¹³⁵.

madre di mantenere l'anonimato si traduca in un incentivo alle stesse pratiche abortive, finendosi, in tal modo, col perdere di vista l'effettivo interesse del generato».

¹³⁴ Il divieto espresso dalla norma è stato fortemente criticato da chi ritiene che l'art. 9, comma 2, L. n. 40/2004, sia espressione di una ingiustificata discriminazione tra madre naturale (che potrà sempre invocare l'art. 30, comma 1°, D.P.R. n. 396/2000) e colei che abbia fatto ricorso alle tecniche di PMA. A tal proposito, si segnala che, in data 7 novembre 2012, la Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati ha approvato un emendamento che consente anche alle madri di bambini procreati mediante il ricorso a tecniche di PMA di disconoscere il proprio figlio alla nascita. Il disegno di legge n. 2348 a cui l'emendamento fa riferimento («Norme riguardanti interventi in favore delle gestanti e delle madri volti a garantire il segreto del parto e i diritti del neonato»), approvato in prima lettura alla Camera, non ha ottenuto approvazione definitiva entro la fine della XVI legislatura. Diversamente, se fosse stato approvato in via definitiva, avrebbe modificato la L. n. 40/2004 nella parte in cui sancisce il divieto di anonimato della madre, ai sensi dell'art. 9, comma 2, ripristinando – secondo i sostenitori dell'emendamento – un principio generale di uguaglianza tra gravidanze da fecondazione artificiale e gravidanze spontanee.

¹³⁵ Secondo R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà e P. Zatti), II, cit., 1530, «basterebbe, in ogni caso, che la donna, al momento del parto, non dichiarasse che il nato è frutto di PMA per consentirle di non essere nominata nell'atto di nascita». A tal proposito, C. CAVAJONI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. Dossetti - M. Lupo - M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 112, sostiene che «riguardata da un punto di vista pratico, la norma presenta un ostacolo applicativo, per l'impossibilità dell'ufficiale di stato civile di sapere che la nascita che gli viene denunciata come da donna che non consente di essere nominata è frutto di PMA».

Non è chiaro se la norma di cui all'art. 9, comma 2, L. n. 40/2004, si riferisca ai soli casi di procreazione eterologa o a tutte le ipotesi di concepimento non naturale.

Qualora dovesse ritenersi che il divieto di anonimato della madre valga soltanto per i casi di procreazione eterologa, non può non rilevarsi come, nell'attuale scenario, è assai improbabile che esso possa essere in concreto osservato.

Se effettuata in Italia, infatti, la procreazione eterologa, al fine di evitare sanzioni, non può che essere stata clandestina. Pertanto, se la madre chiedesse di non essere nominata, difficilmente le si potrebbe opporre il divieto in discorso.

Analoghe considerazioni valgono per l'ipotesi in cui la procreazione eterologa sia effettuata all'estero. Anche in questo caso, è davvero poco verosimile che al momento della nascita del figlio in Italia sia agevole dimostrare la effettiva modalità della fecondazione e negare per questa via alla madre la possibilità di non essere nominata¹³⁶.

¹³⁶ Con riferimento ad ulteriori problematiche sottese alla disciplina dell'art. 9, comma 2, L. n. 40/2004, F. BORRELLO, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, cit., 954, si pone i seguenti interrogativi: «se la madre non ha dato il consenso alla fecondazione eterologa del proprio ovulo, ma viene a scoprire prima del parto che è stato usato il seme di un uomo diverso dal proprio marito o convivente, può chiedere di non essere nominata, o può solo successivamente esercitare l'azione di disconoscimento di paternità o l'impugnazione del riconoscimento del convivente per difetto di veridicità?» e ancora, «se la madre, ha dato il consenso all'impianto di ovuli di un'altra donna in base al presupposto che questi ovuli vengano fecondati con seme del marito o del convivente, e poi scopre che invece sono stati fecondati con seme di una terza persona, può o non può chiedere di non essere nominata? E se non può farlo, o scopre che ciò è accaduto dopo la nascita del bambino, può impugnare il proprio riconoscimento (oltre eventualmente a quello del convivente) per difetto di veridicità, oppure, per il fatto che il figlio è stato partorito da lei, non c'è più nulla da fare?». Secondo l'Autore «si tratta di domande che, senza un intervento del

La previsione di cui all'art. 9, comma 2, L. n. 40/2004, suscita, infine, non poche perplessità in ambito attuativo nell'ipotesi che il parto avvenga, diversamente dalla procedura della PMA, fuori delle strutture ospedaliere autorizzate ai sensi dell'art. 10, L. n. 40/2004, perché presupporrebbe che la madre sia disposta a fornire tutte le notizie in merito al concepimento o obbligata a farlo, ed in quest'ultima ipotesi in palese violazione delle norme costituzionali sulla privacy¹³⁷.

4. Il diritto del nato da fecondazione eterologa di conoscere le proprie origini biologiche.

La questione avente ad oggetto la tutela del diritto del nato da fecondazione eterologa di conoscere le proprie origini biologiche può porsi, in Italia, soltanto per le ipotesi di PMA di tipo eterologo precedenti all'introduzione della L. n. 40/2004 o per i casi in cui tale procedura sia stata compiuta all'estero eludendo il divieto della legge italiana.

Con riferimento all'ipotesi di violazione del divieto di PMA eterologa, si è già rilevato come la L. n. 40/2004 escluda che il donatore possa riconoscere il figlio e che il figlio possa esercitare l'azione di accertamento giudiziale nei confronti del donatore.

Nulla è detto, invece, circa la possibilità per il nato da fecondazione eterologa di ottenere informazioni sul donatore al fine di conoscere le

legislatore, difficilmente possono trovare risposte univoche alla luce della normativa vigente».

¹³⁷ In tal senso, L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, cit., 197.

proprie origini biologiche¹³⁸. A tal riguardo, come è noto, i modelli ricavabili dagli ordinamenti giuridici europei sono variegati.

La *ratio* delle leggi che garantiscono l'anonimato è quella di agevolare le donazioni, impedendo che si possano instaurare rapporti tra la coppia ed il donatore nonché tra quest'ultimo ed il nato. In tal modo, in nessun caso possono configurarsi pretese di natura economica nei confronti del donatore, la cui funzione ed il cui ruolo si esauriscono nel momento stesso della donazione. La scelta favorevole all'anonimato non viene, peraltro, giustificata soltanto in base agli aspetti economici, bensì per l'esigenza di non turbare l'equilibrio psichico del nato, inserito in una realtà familiare che dall'accertamento della verità potrebbe soffrire grave nocimento¹³⁹.

Diversamente, in altre esperienze giuridiche l'interesse del nato a conoscere le proprie origini biologiche è stato ritenuto prevalente e degno di tutela¹⁴⁰. A tal proposito, si è già in rilevato nel presente lavoro¹⁴¹ come – ad

¹³⁸ Lamentano la lacuna della L. n. 40/2004, tra gli altri, G. FERRANDO, *Il divieto di fecondazione eterologa. Genitori per scelta*, cit., 112, e S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, cit., 136, secondo il quale «la norma dell'art. 9, L. n. 40/2004, è incompleta poiché non disciplina gli aspetti relativi all'anonimato del donatore e al diritto del nato di conoscere le proprie origini».

¹³⁹ Finora non abbiamo dati statistici sufficienti per sapere come l'inseminazione artificiale, nelle sue diverse modalità, influisca sull'evoluzione psicologica del minore e, soprattutto, è ancora poco noto come quest'ultimo elabori psichicamente la rivelazione della sua origine. Secondo L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 816, «il rischio di un trauma è possibile, come lo è nell'adozione, anche in considerazione del fatto che la spiegazione è obiettivamente complessa. La comunicazione implica informazioni sulla sessualità dei genitori, sulla scissione tra filiazione naturale e filiazione affettiva - volontaristica, sulle tecniche adottate, sull'assenza di responsabilità nel progetto parentale del procreatore biologico».

¹⁴⁰ La filosofa Mary Warnock, che nel 1984 ebbe a curare in Gran Bretagna il primo documento ufficiale sulla fecondazione artificiale (*Warnock Report*) ebbe ad affermare: «non so dire se i bambini nati da donazione di gameti, ai quali è stata rivelata la propria origine, siano necessariamente più felici, o meno. Ma, qualunque

esempio – la legge svedese preveda il diritto del nato di conoscere l'identità del genitore naturale, escludendo comunque la configurabilità di diritti nei suoi confronti¹⁴². Una soluzione analoga è stata privilegiata nella Repubblica Federale tedesca, ove, sulla base del principio costituzionale che tutela la dignità umana, l'orientamento prevalente ha sempre affermato il diritto della persona di conoscere la propria origine genetica.

Con riferimento alla normativa italiana in materia di PMA, si pone – invece – il problema di stabilire, in assenza di norme specifiche, se il nato da fecondazione eterologa possa conoscere le generalità del donatore.

Se la procreazione eterologa è avvenuta in Italia non è agevole individuare, nel silenzio della legge, uniformità di vedute sulla soluzione da adottare. Si potrebbe, infatti, equiparare la posizione del nato da PMA eterologa a quella dell'adottato e riconoscergli, così, i medesimi diritti sanciti

sia il modo in cui si possa stimare la vicenda, credo che qualora non fosse loro rivelata la verità, sarebbero trattati ingiustamente».

Sotto il profilo internazionale pattizio l'accesso alla piena conoscenza delle proprie origini è sostenuto menzionando l'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, secondo cui: «il bambino è da subito registrato fin dal momento della sua nascita ed ha diritto ad un nome, il diritto di acquisire una nazionalità e, nella misura possibile, il diritto di conoscere i suoi genitori e di essere educato da loro». Si segnala, inoltre, il Rapporto sulla fecondazione artificiale umana del 1989 che sancisce il diritto del figlio di essere informato circa le caratteristiche genetiche del donatore, per motivi di salute propria o dei propri discendenti; in particolare, il principio 13 prevede che una volta raggiunta «an appropriate age», i diritti nazionali possono consentire l'accesso dell'interessato alle informazioni relative alla modalità del proprio concepimento o addirittura all'identità del donatore. Anche il c.d. Libro Bianco sui principi relativi allo stabilimento ed alle conseguenze giuridiche della parentela, elaborato nel 2001 dal Comitato di esperti del diritto di famiglia del Consiglio d'Europa, prevede che dovrebbe essere sempre possibile per il bambino ottenere informazioni circa i suoi genitori biologici; in particolare, «*the provision of genetic information about the biological parents for medical purposes should be made possible in all instances*» (principio 29).

¹⁴¹ Capitolo I, par. 3, p. 30.

¹⁴² Art. 4, L. 20 dicembre 1984, n. 1140.

dalla L. 4 maggio 1983, n. 184¹⁴³ oppure assimilare la posizione del donatore a quella della madre che non vuole essere nominata, e negare per questa via, di norma, l'accesso alle sue informazioni.

La situazione più frequente – però – ricorre probabilmente nel caso dell'applicazione di tecniche di procreazione eterologa a cittadini italiani in uno Stato estero. In tale ipotesi, la possibilità di accedere alle informazioni sull'origine genetica del nato da procreazione eterologa dipenderebbe esclusivamente dalla legislazione dello Stato in questione, con conseguente impossibilità di avere soluzioni univoche.

È evidente che in tale contesto alcuni cittadini italiani verrebbero ammessi a conoscere la propria identità biologica ed altri no, ed è questa una ingiustificata e gravosa conseguenza dovuta all'adozione di una soluzione isolata rispetto al quadro europeo.

A spiegare la scelta del legislatore italiano dell'assoluta mancanza di previsioni normative sulla questione legata alla conoscibilità dell'identità del donatore di gameti non può certo bastare l'argomentazione fondata sul

¹⁴³ Ai sensi dell'art. 28, comma 5, L. 4 maggio 1983, n. 184, sostituito dall'art. 24, L. 28 marzo 2001, n. 149, «l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza». Il legislatore italiano, in occasione della riforma dell'art. 28, L. n. 184/1983, ha dimostrato di avere fatto propria – in materia di adozione – una sensibilità più favorevole alla conoscenza delle origini, fondata sulla consapevolezza che l'anonimato dei genitori biologici è di ostacolo alla libera costruzione della personalità dell'adottato.

Secondo S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, cit., 136, «è evidente che le esigenze di tutela della persona, ben tenute presenti dal legislatore in tema di adozione, possono presentarsi anche nel caso di fecondazione artificiale eterologa e che, anzi, al riguardo, potrebbe configurarsi una violazione del principio di eguaglianza».

Sul punto, si vedano le osservazioni di M. CHISTOLINI, *Conoscere la propria storia assicura ai piccoli una crescita armonica*, in *Fam. e minori*, 2009, 3, 80 ss. e C. SIMONELLI, *Concepimento senza sessualità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1449 ss..

presupposto che la donazione di gameti è vietata¹⁴⁴. Se tale argomento fosse sufficiente non si spiegherebbe perché, pur in presenza del divieto del ricorso alla PMA eterologa, il legislatore ne abbia minuziosamente disciplinato gli effetti. Meglio sarebbe stato, dunque, che anche sul punto della conoscibilità dell'identità del donatore si fosse proceduto ad un intervento esplicito¹⁴⁵, eventualmente con apposita regola, inserita proprio nello stesso art. 9, comma 3, L. n. 40/2004.

Sembra a chi scrive, che al di là delle due soluzioni estreme (segreto senza eccezioni o notorietà sin da subito¹⁴⁶) siano condivisibili le posizioni di coloro i quali hanno accolto in merito una o più soluzioni intermedie.

Una prima ipotesi potrebbe essere quella di mantenere segreti i dati del donatore almeno sino al raggiungimento della maggiore età del nato, lasciandogli, in seguito, la libertà di conoscere l'identità dello stesso¹⁴⁷, facendo prevalere, così, il suo interesse a conoscere le proprie origini genetiche.

Una diversa alternativa, più orientata verso la tutela del donatore, potrebbe essere – invece – quella di mantenere, come regola, il segreto sulla

¹⁴⁴ In tal senso F. D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 281.

¹⁴⁵ Osservava S. PATTI, *Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 206 ss., che «il problema in esame [doveva] essere risolto dal legislatore, ed anzi [costituiva] uno dei pochi aspetti per i quali non si [sarebbe potuto] prescindere da una disciplina specifica».

¹⁴⁶ Soluzioni che presentano controindicazioni quali, da un lato, l'impossibilità per il nato di accedere ai dati nell'ipotesi di effettiva necessità legata al suo stato di salute; dall'altro, la completa compromissione del diritto alla riservatezza del donatore.

¹⁴⁷ Possibilista, in tal senso, T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Il quadrimestre*, 1986, 67.

sua identità¹⁴⁸, subordinandone la conoscibilità ad un'autorità giudiziaria esclusivamente nelle ipotesi di pericolo per la salute del nato.

Delle due soluzioni proposte, quella più “possibilista” sembrerebbe preferibile¹⁴⁹. E ciò anche in analogia sia con quanto prevede in ambito di adozione, il testo dell'art. 28, comma 5, L. n. 184/1983, che consente all'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni (o diciotto, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute) di accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei suoi genitori biologici¹⁵⁰, sia con quanto prevedono in materia le normative vigenti in

¹⁴⁸ È questa, ad esempio, la soluzione prescelta dalla legge greca del 2002 secondo cui «l'identità del terzo che ha consentito al dono dei gameti [...] non è comunicata a chi è ricorso alla PMA. [...] Le informazioni mediche sul terzo donatore sono conservate in un archivio segreto».

¹⁴⁹ C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane ed internazionali a confronto*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 549, ritiene che le informazioni sanitarie circa i genitori biologici ed anche, eccezionalmente, la loro stessa identità, possano essere ammesse solo per motivi attinenti alla salute del nato.

¹⁵⁰ Condividono tale soluzione anche C. CASINI - M. CASINI - M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, cit., 84. Similmente, anche se facendo riferimento all'art. 37 (invece che all'art. 28) della L. n. 184/1983, F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, 2005, 205. Secondo A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 93, «il diritto di conoscere le proprie origini va tenuto distinto dal diritto di conoscere dati relativi ai genitori biologici per gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica del soggetto nato mediante fecondazione eterologa oppure per evitare l'unione con persone legate da vincoli di parentela altrimenti ignoti per via dell'anonimato del c.d. donatore. Queste informazioni dovrebbero in ogni caso essere sempre dovute in qualunque fase della vita del soggetto interessato. Esse, del resto, lo sono pure in paesi in cui è previsto l'anonimato del terzo che ha messo a disposizione i gameti».

Secondo L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, cit., 829, non pare giustificato il paragone tra i figli nati in provetta e quelli adottati. Infatti, «tra le due vicende vi possono essere delle mere similitudini: entrambe implicano la formazione di relazioni sociali e non genetiche e l'intervento di centri ed organismi esterni (assistenti sociali, tribunali, strutture mediche). Ma nell'adozione il sistema ruota intorno al principio della

alcuni ordinamenti europei¹⁵¹. Ancora una volta si deve però riconoscere che la previsione del divieto della PMA eterologa rende difficile ipotizzare quale soluzione potrà definitivamente affermarsi. Dal divieto, infatti, sorge la necessità per gli interessati di rivolgersi ad una struttura straniera, e ciò significa che si dovranno osservare le normative – diverse da paese a paese – vigenti nello Stato in cui le tecniche di PMA eterologa saranno eseguite.

Si segnala, comunque, che in base ad un recente orientamento del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), il segreto sulle modalità della procreazione è opzione non raccomandabile, contraria alla stabilità della famiglia e al rispetto della vita privata di ciascuno dei suoi componenti¹⁵². E

solidarietà, tende, cioè, non all'appagamento, almeno in via primaria, del desiderio di avere una discendenza come nella PMA, bensì alla realizzazione del diritto del minore, in stato di abbandono o che abbia una famiglia di origine fortemente inadeguata, a ricevere risposte ai suoi bisogni di protezione, a trovare un valido inserimento familiare. Per il buon esito dell'adozione è indispensabile che i genitori adottivi si presentino idonei per un percorso non solo riparativo del bambino, ma anche elaborativo. Non si tratta di dar vita ad un rapporto con un "bambino che dovrà nascere", ma con un bambino "già nato" da altri genitori. E allora ben può spiegarsi la necessità che non venga negato all'adottato il diritto alla conoscenza della sua famiglia naturale. ...».

¹⁵¹ Si veda ad esempio l'art. 5, comma 5, della Legge spagnola n. 53/1988 «sobre técnicas de reproducción asistida»; sul difficile bilanciamento tra interesse del minore a conoscere le proprie origini e diritto all'anonimato del donatore, nonché sulla possibilità di stabilire un qualche legame con il donatore dei gameti, la risposta offerta dal legislatore spagnolo è nel senso di escludere l'esistenza di un rapporto di filiazione e di ammettere esclusivamente alla conoscenza di informazioni generali che, tuttavia, tranne in particolari circostanze, non si estendono all'identità del donante. Dal canto suo il legislatore austriaco, art. 20, L. n. 293/1992, prevede che il minore che abbia raggiunto il quattordicesimo anno età possa ottenere informazioni circa il donante, laddove in Francia, art. 673-5 L. n. 654/1994 – analogamente a ciò che accade in Inghilterra – è unicamente il medico che può avere accesso ad informazioni comunque non identificanti. In Germania, si deve guardare alla giurisprudenza per trovare l'affermazione che il diritto a conoscere le proprie origini, riguardando lo sviluppo della personalità, assume rilievo costituzionale.

¹⁵² Nella seduta plenaria del 25 novembre 2011, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha approvato – con uno solo voto contrario – il parere "Conoscere le

a fronte di ciò, nel bilanciamento dei diversi interessi e diritti, nella valutazione costi/benefici e nella considerazione del «miglior bene possibile» per il nato, il CNB ha espresso l'auspicio che i genitori dicano al figlio la «verità» sulle modalità della sua procreazione, con responsabilità e lealtà, «attraverso filtri e criteri appropriati (proporzionalità, sostenibilità, rilevanza, attinenza, ecc.) ed eventualmente con l'ausilio di una consulenza di tipo psicologico»¹⁵³.

Si è, dunque, affermata l'opportunità di conoscere la modalità del concepimento mediante il ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, che se oggi è espressamente vietata in Italia dalla L. n. 40/2004, prima dell'entrata in vigore di tale legge è stata impiegata nei centri di fecondazione, consentendo la nascita di migliaia di bambini. Questi ultimi, secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica – sicuramente una volta diventati maggiorenni, ma preferibilmente anche prima – hanno il «diritto di accesso alle informazioni sulle proprie origini biologiche».

Sono risultate difformi, invece, le opinioni espresse dal CNB circa la completezza delle informazioni in questione. Gli esperti si sono divisi, infatti, tra chi ritiene preferibile l'anonimato parziale e, dunque, l'accesso alle sole informazioni genetiche, e chi considera doveroso accedere a tutte le informative (sia genetiche sia anagrafiche).

L'opportunità di svelare soltanto l'identità genetica del donatore, conservando l'anonimato anagrafico, è motivata dalla necessità – per ragioni

proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa”, elaborato dal Prof. Lorenzo D'Avack, vicepresidente vicario del Comitato.

¹⁵³ Le norme sulla consulenza o servizi di supporto per le informazioni sull'identità del donatore sono variabili nei diversi paesi. In Norvegia, ad esempio, la consulenza alla coppia ricevente ed al donatore è obbligatoria, mentre quella al nato è eventuale e soggetta alla discrezione dei genitori. In Svizzera e nel Regno Unito la consulenza è ammessa ma non è obbligatoria.

mediche – di conoscere le proprie origini e dalla inopportunità di conoscere nome e cognome del donatore, «con il quale il nato ha un legame genetico ma non propriamente relazionale». Secondo tale orientamento, conoscere il proprio genitore biologico potrebbe, peraltro, avere ripercussioni negative sul nato e sulla sua famiglia. A tale impostazione hanno aderito paesi come Francia e Spagna, ove è consentito l'accesso alla PMA eterologa ma non si può conoscere l'identità del genitore biologico.

La doverosità di un'informazione completa rispetto al donatore (dunque, anche anagrafica) si fonda – invece – su ragioni di parità e non discriminazione, non potendo impedire soltanto ai nati mediante il ricorso a tali tecniche di ricercare le informazioni sui procreatori biologici: tale conoscenza è ritenuta «indispensabile per la ricostruzione della propria identità personale» ed è proprio in questo senso già concessa ai figli naturali. Lo stesso orientamento è stato accolto in paesi come l'Inghilterra, ove la PMA eterologa è permessa e si può conoscere l'identità del donatore di gameti¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Vanno, in ogni caso, considerati i rischi inevitabili conseguenti alla caduta del segreto nel momento in cui si instaura una relazione con i donatori. Da un lato, le possibili interferenze esterne nella privacy della famiglia sociale; e ciò, in violazione dell'art. 8 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (1989), che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Dall'altro, le ricadute traumatiche sugli equilibri psicologici del donatore “ritrovato” e sulle sue dinamiche familiari. Un altro nucleo familiare – quello del donatore – viene posto in una situazione di difficoltà, magari a seguito di scelte effettuate in tempi remoti ed in situazioni di vita diverse: è questa la ragione per cui, nei paesi in cui è stato eliminato l'anonimato, il numero dei donatori è notevolmente diminuito. In Svizzera ed in Gran Bretagna – ad esempio – dopo l'entrata in vigore delle normative che, rispettivamente nel 2001 e nel 2004, hanno abolito l'anonimato, le cliniche specializzate nella PMA hanno denunciato di non avere scorte di gameti a sufficienza per i trattamenti richiesti. Anche in Svezia è stata registrata una riduzione di donatori pari all'85%. Cfr. E. ERNTS, H. J. INGERSLEV, O. SCHOU, M. STOLTENBERG, *Attitudes among Sperm Donors in 1992 and 2002: a Danish Questionnaire Survey*, in *Acta Obstetrica et Gynecologica*, 2007, 86, 327.

Si deve, in ogni caso, riconoscere come il parere espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica – che ha sancito il diritto del nato mediante il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo di conoscere le proprie origini biologiche – sia espressione di un principio fondamentale, in linea con quanto previsto dalla L. n. 183/1984 nei casi di adozione¹⁵⁵; con il paradosso, però, che il ricorso alle tecniche di PMA eterologa in Italia è espressamente vietato dall'art. 4, comma 3, della L. n. 40/2004.

Inutile dire che, in Italia, i bambini nati da fecondazione eterologa esistono: erano circa il 12% di tutte le nascite prima che la L. n. 40/2004 ne sancisse il divieto¹⁵⁶. Oggi, secondo le stime dell'Osservatorio sul Turismo Procreativo, in trentasei centri di fecondazione stranieri, sono oltre duemilasettecento le coppie italiane che ogni anno si recano all'estero per poter ricorrere alla PMA con apporto di gameti esterni alla coppia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Studi e ricerche eseguite in materia di adozione, sulle necessità per un corretto sviluppo psico-fisico del minore, inducono a non conservare il segreto in merito alle modalità di nascita. Sebbene la PMA con donatori e l'adozione presentino soltanto alcune similitudini, va ricordato che è attraverso il percorso dell'adozione che eticisti e giuristi si sono posti, con sempre maggiore attenzione, il problema di ridiscutere la possibilità di accesso per il nato alla verità sulle sue origini.

¹⁵⁶ È difficile ipotizzare che i centri abbiano conservato traccia dei donatori. Tanto più che anche dopo il decreto dell'allora Ministro della Sanità Degan (1985), con il quale si era cercato di dare un minimo di regolamentazione alla materia, non vi furono protocolli uniformi in merito all'obbligo di conservare cartelle cliniche o registrazioni dell'intervento eseguito.

¹⁵⁷ Se si considerano i nati italiani da PMA eterologa concepiti all'estero, questi possono conoscere in modo più o meno ampio le proprie origini biologiche soltanto a seconda delle diverse legislazioni che regolamentano la tecnica in quei paesi e nessuna rilevanza potrebbe avere una nostra eventuale disposizione normativa in merito.

CAPITOLO TERZO

L'ITER GIURISPRUDENZIALE FAVOREVOLE AL SUPERAMENTO DEL DIVIETO ASSOLUTO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA IN ITALIA.

SOMMARIO: 1. La incompatibilità del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, sent. 1° aprile 2010). – 2. La non manifesta infondatezza del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa (Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre, 2010; *contra*, Trib. Salerno, ord. 20 ottobre 2010). – 3. *Segue*. L'ulteriore rinvio alla Consulta sul divieto di fecondazione eterologa (Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011).

1. La incompatibilità del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, sent. 1° aprile 2010).

Nell'ultimo quadriennio, la legittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, è stata ripetutamente messa in discussione, nel solco di un *iter* giurisprudenziale originato dalla innovativa sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 1° aprile 2010¹⁵⁸, secondo cui l'impossibilità totale di utilizzare le tecniche di

¹⁵⁸ CEDU, sez. I, sent. S. H. ed altri c. Austria, 1° aprile 2010, ricorso n. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, 977, con nota di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ibidem*, 981 ss..

A commento della pronuncia in esame, si vedano anche: M. PACINI, *Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 39 ss.; A. DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 409 ss.; A. OSTI, *Il caso S. H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 13 ss.; F. CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est?*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1219 ss.; B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 556 ss.; L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni cost.*, 2010, 632 ss..

fecondazione assistita di tipo eterologo non è compatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Oggetto della decisione europea è la legge austriaca sulla PMA, in vigore dal 1° luglio 1992¹⁵⁹, sia nella parte in cui proibisce, *in vivo* ed *in vitro*, la fecondazione artificiale eterologa per parte femminile, sia nella parte che vieta la fecondazione eterologa *in vitro* per parte maschile.

La sentenza ha ritenuto che la legge austriaca, per quanto più permissiva della nostra in materia di PMA eterologa¹⁶⁰, si pone in contrasto con gli artt. 8¹⁶¹ e 14¹⁶² della Convenzione europea, laddove opera una discriminazione

Si segnala che la pronuncia in questione è stata emanata a maggioranza a seguito delle opinioni dissenzienti di due componenti del Collegio e, pertanto, non può ritenersi definitiva, essendo prevista la possibilità – in tal caso – di adire la Grande Camera per richiederne il riesame.

¹⁵⁹ L. 1° luglio 1992, n. 293, «Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita (Legge sulla riproduzione assistita) nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione».

¹⁶⁰ La legge austriaca ammette soltanto la PMA eterologa *in vivo*, escludendo quella *in vitro*; dunque, vieta in generale la fecondazione artificiale eterologa con l'unica eccezione del dono di liquido seminale da parte di un terzo donatore, purché la fecondazione avvenga in sede intracorporea. Più precisamente, ai sensi dell'art. 3, L. n. 293/1992 (§ 3 FMedG): «1) Possono essere utilizzati per la riproduzione assistita esclusivamente ovociti e spermatozoi del coniuge o del convivente. 2) Se il seme del coniuge o del convivente non ha capacità procreativa, per il metodo di cui all'art. 1, comma 2, n. 1, può essere utilizzato il seme di un terzo. 3) Ovociti e cellule in grado di svilupparsi possono essere utilizzati esclusivamente nella donna dalla quale provengono».

Per un quadro completo della legge austriaca in materia di fecondazione assistita, si veda Capitolo I, par. 3, p. 30 ss., della presente tesi.

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rubricato «Diritto al rispetto della vita privata e familiare»: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

irragionevole e non proporzionata tra coppie che possono accedere alle tecniche procreative senza avere la necessità di ricorrere alla donazione di ovuli o alla donazione di spermatozoi per una fecondazione *in vitro*.

La Corte europea si è pronunciata su un ricorso presentato nel 2000 da due coppie austriache, alle quali, in applicazione della richiamata L. n. 293/1992, era stato negato l'accesso alle richieste tecniche di procreazione eterologa. In particolare, nel primo caso, essendo la moglie completamente sterile, a differenza del marito, la coppia aveva chiesto di ricorrere all'ovodonazione ed alla fecondazione *in vitro* con il seme del coniuge. Ebbene, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non esistono giustificazioni ragionevoli ed oggettive per la discriminazione operata dal § 3 FMedG tra coppie che, non avendo bisogno della ovodonazione, possono ricorrere alla FIVET, e coppie che, non potendo farne a meno, devono rinunciare alla fecondazione extracorporea. Nel secondo caso, essendo sterili entrambi i coniugi, la coppia aveva chiesto di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con donazione di seme. Anche in questo caso, la Corte ha condannato la discriminazione operata dalla legge austriaca tra coppie che, potendo fare ricorso alla fecondazione *in vivo*, si vedono riconosciuto il diritto ad avvalersi della donazione di seme, e coppie che, non avendo altra strada che quella della fecondazione extracorporea, devono, invece, rinunciarvi.

¹⁶² Ai sensi dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rubricato «Divieto di discriminazione»: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

La legge austriaca violerebbe, dunque, il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione europea, in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione stessa¹⁶³.

Il diritto alla vita privata – secondo la CEDU – ha un contenuto molto ampio che va inteso in sintonia con i tempi; esso «include, *inter alia*, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani», nonché altri aspetti come lo sviluppo della propria personalità ed «il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere bambini».

L'applicabilità dell'art. 8, tuttavia, non intacca l'ampia discrezionalità concessa agli Stati in materia, tanto più che non esiste un quadro normativo uniforme nel settore della procreazione assistita tra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione¹⁶⁴. Proprio l'assenza di una regolamentazione unitaria rafforza il margine di discrezionalità degli Stati, tenuti comunque a rispettare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come interpretata dai giudici internazionali; pertanto, non ogni soluzione legislativa può essere considerata accettabile.

In particolare, gli Stati non possono effettuare scelte che conducono ad un trattamento discriminatorio tra coppie che necessitano di ricorrere a tecniche di fecondazione.

¹⁶³ Il paragrafo 60 della sentenza della Corte prevede, in particolare, che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione assistita rientra nella sfera di applicazione dell'art. 8, in quanto tale scelta è chiara espressione della vita privata e familiare.

¹⁶⁴ Il Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, in un rapporto del 12 luglio 2005 (CDBI/INF n. 7/2005), ha verificato che in quasi tutti i paesi sono ormai state adottate leggi in materia di fecondazione assistita (Austria, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Germania, Estonia, Federazione russa, Francia, Grecia, Islanda, Italia, Lettonia, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Ungheria) anche se alcuni Stati come Belgio, Finlandia, Irlanda, Malta, Lituania, Polonia, Repubblica ceca, Serbia e Slovacchia hanno preferito affidare la regolamentazione alla prassi clinica.

È vero che gli Stati non hanno alcun obbligo di adottare una legislazione che permetta la fecondazione assistita, ma una volta che questa è consentita devono essere vietati trattamenti discriminatori.

Secondo la Corte, dunque, persone che si trovano in una stessa situazione di infertilità non possono essere trattate diversamente soltanto in ragione della diversa tecnica di fecondazione utilizzata in rapporto alla causa di sterilità; non può, pertanto, essere giustificato un divieto assoluto di fecondazione eterologa se l'ordinamento interno lascia spazio a quella omologa.

Le considerazioni di carattere morale richiamate dal governo austriaco¹⁶⁵ non sono sufficienti – secondo la Corte di Strasburgo – a legittimare il divieto assoluto di una specifica tecnica di fecondazione assistita mediante donazione di ovuli¹⁶⁶.

Anche le altre giustificazioni fondate sul rischio eugenetico che l'estensione della fecondazione eterologa può comportare e sui possibili abusi insiti nel ricorso a gameti esterni alla coppia, con probabile mercificazione – in particolare, dei gameti femminili – sono stati ritenuti dalla Corte non rilevanti ai fini dell'esclusione della discriminazione.

In particolare, secondo i giudici internazionali, le autorità nazionali, per evitare i rischi anzidetti, possono avvalersi di misure proporzionali rispetto

¹⁶⁵ Per dimostrare la legittimità e proporzionalità del divieto di donazione di gameti femminili, il Governo austriaco ha sottolineato che «esiste un interesse pubblico, di tipo etico e morale, ad evitare il ricorso, ancora percepito con disagio da una diffusa parte della società alle moderne tecniche di fecondazione assistita».

¹⁶⁶ Secondo M. CASTELLANETA, *Fecondazione eterologa: il divieto è incompatibile con la Convenzione europea*, in *Fam. e minori*, 2010, 5, 81 ss., «introducendo la possibilità di avere figli con l'ausilio di supporti scientifici, seppure soltanto attraverso il ricorso alla fecondazione omologa, il legislatore nazionale ha ammesso l'introduzione di un sistema di procreazione non naturale, con ciò confermando che il principio di indisponibilità del proprio corpo si è evoluto nel corso degli anni e non ha più carattere assoluto».

all'obiettivo conseguito, mediante la previsione dell'impiego di medici dotati di particolare esperienza e legati al rispetto di rigorose regole deontologiche.

La Corte europea, pur ritenendo legittima la preoccupazione del Governo austriaco, ha – dunque – sostenuto che sarebbe stato possibile utilizzare strumenti meno invasivi piuttosto che vietare in modo assoluto una specifica tecnica di fecondazione eterologa mediante ovodonazione¹⁶⁷.

A fondamento del divieto di PMA eterologa, il Governo austriaco ha posto – infine – un'argomentazione connessa all'esigenza di salvaguardare la certezza nelle relazioni familiari, sottolineando come tale divieto sia finalizzato ad evitare gli effetti problematici delle parentele c.d. "atipiche" o "anomale", caratterizzate dalla dissociazione tra la madre biologica e quella genetica.

Questa argomentazione, che sembra in effetti la più seria tra quelle sinora descritte¹⁶⁸, è stata superata in modo piano dalla Corte, che ha rilevato come parentele anomale siano ben note nell'ordinamento austriaco, dove è consentita e praticata l'adozione.

I rilievi evidenziati hanno – dunque – indotto i giudici internazionali ad affermare che «il divieto assoluto di una specifica tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo non è una misura proporzionata e non è giustificata da ragioni sufficienti»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Secondo la Corte è possibile utilizzare «misure di salvaguardia proporzionali». Per evitare forme di sfruttamento della donna – ad esempio – «è sufficiente vietare ogni forma di remunerazione per i donatori».

¹⁶⁸ Cfr. E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione eterologa ... in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, 353 ss..

¹⁶⁹ D'altra parte, è noto come le legislazioni nazionali che impediscono il ricorso alla fecondazione eterologa si prestino ad essere aggirate con sempre maggiore frequenza, considerata la possibilità di accedere alle tecniche di tipo eterologo in altri paesi che ammettono tali forme di PMA.

Per ritenere i principi enunciati dalla CEDU applicabili anche all'ordinamento italiano, si deve innanzitutto indagare se i divieti posti rispettivamente dalla normativa austriaca e da quella italiana siano omogenei.

La normativa austriaca, infatti, modula diversamente il divieto di fecondazione eterologa, ponendo un divieto assoluto per la donazione di ovuli, mentre consente la donazione di spermatozoi destinati alla fecondazione *in vivo*, risultando vietata la sola donazione di liquido seminale per la fecondazione *in vitro*.

La legge italiana, invece, pone un divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di PMA eterologa, senza differenziare la disciplina in base al tipo di fecondazione cui sarebbe destinata la donazione (*in vivo* o *in vitro*) o a seconda dei gameti donati (ovuli o spermatozoi).

Rilevata tale diversità di previsioni, potrebbero – dunque – nutrirsi dubbi in relazione alla possibilità di applicare all'ordinamento italiano le considerazioni e i principi affermati dalla Corte di Strasburgo nella decisione contro il Governo austriaco, quantomeno con riguardo alla diversa modulazione del divieto di donazione di gameti maschili¹⁷⁰.

Al contrario, tali dubbi possono ritenersi superati con riferimento al divieto di donazione di ovuli. Sotto tale profilo, il divieto austriaco e quello italiano sembrano perfettamente coincidere, rientrando il primo in quello generale e assoluto previsto dalla legge italiana.

La decisione della CEDU ha, infatti, separato chiaramente le motivazioni intorno all'irragionevolezza della normativa austriaca. Al divieto di

¹⁷⁰ Così, B. LIBERALI, *Fra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale: quale spazio per un'interpretazione conforme?*, in M. D'Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012, Milano, 115 ss..

donazione di ovuli sono stati dedicati i paragrafi n. 70 e ss. e la Corte ha concluso, al paragrafo n. 85, che il Governo austriaco non ha addotto alcuna giustificazione ragionevole ed oggettiva intorno alla disparità di trattamento per la coppia ricorrente a cui viene impedito di realizzare il proprio desiderio di avere un figlio a causa del divieto di donazione di ovuli e la coppia che invece può fare ricorso alle tecniche di PMA, senza dover ricorrere all'ovodonazione.

Con riferimento al divieto di donazione di gameti maschili, cui sono dedicati i paragrafi n. 86 e ss., la Corte europea ha ritenuto che il trattamento differenziato tra la coppia che, per realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, può solo ricorrere alla donazione di liquido seminale destinato alla fecondazione *in vitro* e la coppia che, invece, può fare ricorso alla donazione di spermatozoi per la fecondazione *in vivo* non trova ragionevoli ed obiettive giustificazioni, risultando sproporzionata.

Si potrebbe, dunque, pensare che le considerazioni svolte dalla CEDU con riguardo al divieto assoluto di donazione di ovuli possano valere per quello, pure assoluto, posto dalla legge italiana, che comprende sia la donazione di ovuli, sia quella di seme¹⁷¹.

¹⁷¹ Secondo F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali ed intervento legislativo*, cit., 260, «nonostante l'enfasi sollevata dalla pubblicazione della sentenza in esame, accolta dall'opinione pubblica come un primo passo verso la cancellazione, dalle legislazioni di tutti i paesi che ancora lo contemplano, del divieto di ricorrere alla procreazione eterologa, la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra, in realtà, rappresentare un monito soprattutto per quei paesi (Germania, Norvegia, Svizzera) che, come l'Austria, anziché limitarsi a vietare la praticabilità di tutte le tecniche di tipo eterologo, hanno operato una discriminazione nel consentire l'accesso alle stesse, distinguendo tra donazione di seme e donazione di ovuli, nonché tra tecniche *in vivo* e tecniche *in vitro*. Pare, dunque, poco corretto considerare senz'altro la pronuncia in questione come un colpo decisivo inferto alla stessa legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita».

A ben vedere, da un'attenta analisi della norma di cui all'art. 4, L. n. 40/2004, si evince l'impossibilità di operare un'interpretazione conforme del diritto interno alla Convenzione europea, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Attuando le conclusioni della CEDU, infatti, si avrebbe un'applicazione contraria alla legislazione italiana in materia di PMA e la Corte Costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349/2007¹⁷², ha statuito che la disapplicazione della norma interna ritenuta contrastante con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷³ non è operazione in concreto possibile, poiché non è ancora intervenuta la formale adesione¹⁷⁴ alla Convenzione e con essa, quindi, la sua "comunitarizzazione". Pertanto, i giudici comuni, non potendo disapplicare la norma interna, non hanno altra scelta se non quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti al Giudice delle Leggi per violazione dell'art. 117, comma 1°, Cost.¹⁷⁵.

¹⁷² Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., e n. 349, *ibidem*, 3535 ss..

La giurisprudenza costituzionale, nelle sentenze c.d. "gemelle" del 2007, ha precisato che la Convenzione si configura quale fonte «interposta» alla stregua dell'art. 117 Cost.; pertanto, i principi convenzionali, diversamente dal diritto comunitario derivato, non sono suscettibili di applicazione diretta da parte dei giudici comuni per lo meno laddove questa, in ragione delle conseguenze che se ne volessero trarre, risulti incompatibile con la legislazione nazionale vigente. A commento delle suindicate pronunce, si vedano: C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 3574 ss..

¹⁷³ Per una ricostruzione dei primi casi di disapplicazione ad opera dei giudici comuni, si veda V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 307 ss..

¹⁷⁴ Sul punto, si veda S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e adesione alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia - M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 241 ss..

¹⁷⁵ Occorre, comunque, considerare come nella giurisprudenza amministrativa abbia effettivamente cominciato a farsi strada un orientamento in direzione

2. La non manifesta infondatezza del divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa (Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010; *contra*, Trib. Salerno, ord. 20 ottobre 2010).

Il divieto del «ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, è stato sottoposto al vaglio della Consulta mediante tre ordinanze di rimessione sollevate in peculiari giudizi civili¹⁷⁶, che hanno tratto spunto proprio dalla

dell'applicazione diretta delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, il Tar del Lazio, con sent. 18 maggio 2010, n. 11984, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, IV, 1259 ss., ha applicato direttamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, senza sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale. Secondo il giudice amministrativo, con riferimento ai diritti fondamentali espressi dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo riconosciuti come principi interni al diritto dell'Unione europea, si rilevano «immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario». Verrebbe così in rilievo la giurisprudenza che ha imposto l'obbligo per i giudici comuni nazionali di interpretare le norme interne in modo conforme al diritto comunitario o di disapplicarle direttamente in favore di quest'ultimo. Analogo caso di applicazione diretta della Convenzione europea si può riscontrare nella sentenza del Consiglio di Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, in *Guida al diritto*, 2010, XIV, 88 ss., che ha ritenuto come questa sia direttamente applicabile in Italia per effetto del Trattato di Lisbona e del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea.

Tale impostazione, in base alla quale a seguito del Trattato di Lisbona la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sarebbe stata “comunitarizzata”, non è stata però accolta dai tribunali chiamati a giudicare sul divieto di fecondazione eterologa italiano. Questi hanno invece accolto le richieste dei ricorrenti in ordine alla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. È stato, infatti, sottolineato che qualora si delinei un contrasto tra una norma interna ed una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve effettuare un'interpretazione della prima che sia conforme a quella convenzionale. Tale operazione interpretativa trova i suoi limiti nel testo delle disposizioni che sono poste a confronto e si avvale di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica.

¹⁷⁶ In essi, i convenuti concordano con le tesi degli attori, che esigono di sottoporsi a pratiche di procreazione artificiale con gameti di terzi estranei alla coppia, ma dichiarano di non potere soddisfare le loro pretese in ragione di quanto

sentenza della Prima Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° aprile 2010, esaminata nel paragrafo precedente.

Il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 13 settembre 2010¹⁷⁷, ha sollevato per primo la questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004¹⁷⁸.

Nella fattispecie, una coppia di coniugi, impossibilitata a ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo a causa dell'azoospermia severa con conseguente sterilità assoluta del marito, si è rivolta al Tribunale fiorentino per ottenere l'autorizzazione alla fecondazione eterologa, richiamandosi alla sentenza CEDU del 1° aprile 2010, che ha condannato lo Stato austriaco a rimuovere il divieto di PMA eterologa previsto dalla legge perché contrario agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea.

previsto dalla L. n. 40/2004, si dà l'idea di *lites fictae*. Sulla complessa tematica della *lis ficta*, si veda A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 190 ss..

¹⁷⁷ Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010, in *Gazz. Uff.*, 1ª serie speciale, 2 febbraio 2011, n. 6.

¹⁷⁸ Di avviso contrario, Trib. Milano, I sez. civ., ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 774 ss., con nota di B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, che ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, evidenziando che la tutela esclusiva della genitorialità biologica rappresenta una scelta che il legislatore ha inteso assumere nell'ambito dei principi etici e sociali ritenuti essenziali. Pertanto, pur potendo non essere condivisibile, «non risulta sindacabile poiché attiene alla discrezionalità riservata al legislatore, che così ha voluto proteggere il diritto del nascituro alla propria identità biologica ed offrire una tutela del minore quale bene giuridico preminente rispetto ad altro diritto della personalità dei soggetti adulti pure protetto». Dissertando in tal modo, il giudice *a quo* non ha ritenuto opportuno svolgere il ruolo di “porta girevole” e rimettere la questione alla Corte Costituzionale.

I ricorrenti, in via principale, ai sensi dell'art. 700 c.p.c.¹⁷⁹, hanno invitato il Tribunale di Firenze a prendere atto della rilevanza nel giudizio *a quo* della sentenza adottata dalla CEDU e della conseguente integrazione del “sistema CEDU” nell'ordinamento comunitario in forza dell'art. 6, comma 2, del Trattato di Lisbona¹⁸⁰ e, per l'effetto, a disapplicare l'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea. In forza di tale abrogazione, conseguirebbe il diritto dei ricorrenti di ricorrere alle metodiche di PMA, utilizzando la tecnica eterologa.

In via subordinata, valutata l'impossibilità di operare a livello interpretativo l'adeguamento della norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 a quanto previsto dalla Convenzione europea e deciso in merito dalla CEDU, i ricorrenti hanno chiesto la disapplicazione dell'art. 4, comma 3, della normativa richiamata per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU e, per l'effetto, il riconoscimento del diritto di accedere alle tecniche di PMA di tipo eterologo, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.¹⁸¹.

Il Tribunale di Firenze non ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale. Tuttavia ha scartato la richiesta, avanzata in via

¹⁷⁹ Il Tribunale di Firenze ha richiamato un passaggio della sentenza della Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, secondo cui: «la giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purchè tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenza 20 maggio 2008, n. 161 ed ordinanze 28 novembre 2008, n. 393 e 27 gennaio 2006, n. 25)».

¹⁸⁰ Ratificato dall'Italia in data 1° dicembre 2009.

¹⁸¹ In via ulteriormente subordinata, i ricorrenti hanno sollevato comunque la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost..

primaria dai ricorrenti, di considerare le norme della Convenzione europea come direttamente applicabili nell'ordinamento interno e, dunque, di procedere alla disapplicazione della normativa interna in quanto confliggente con le disposizioni convenzionali¹⁸².

Una volta operata tale scelta procedurale, il giudice *a quo* si è pronunciato nel merito della sentenza emessa dalla CEDU nei confronti della legge austriaca sulla PMA ed ha ritenuto che «i principi di ordine generale» ricavabili dalla pronuncia consentono di affermare che le norme convenzionali garantiscono il diritto a servirsi delle tecniche di PMA anche di tipo eterologo¹⁸³. Ne consegue che, ad avviso del Tribunale di Firenze, l'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 si pone in contrasto con la Convenzione europea¹⁸⁴.

¹⁸² Il Giudice fiorentino ha precisato che il Trattato di Lisbona (art. 6, comma 2) si limita a consentire l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea, ma che essa non si è ancora formalmente realizzata, in conformità al Protocollo n. 8 annesso al Trattato, che ne prevede le modalità e ne detta le regole. Ha ritenuto, pertanto, prive di ogni rilievo giuridico tutte le osservazioni dei ricorrenti, basate sull'affermata "comunitarizzazione" della CEDU.

¹⁸³ Il Tribunale di Firenze ha, dunque, condiviso le diverse osservazioni della CEDU a favore dell'ingresso dell'eterologa all'interno della PMA una volta che gli Stati membri abbiano adottato una legislazione che la consenta. Soprattutto ha condiviso che, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati, la sua disciplina debba essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea. Le osservazioni avanzate dalla CEDU nei confronti della normativa austriaca sono, dunque, tutte spendibili contro la normativa italiana e contro le ragioni che hanno indotto il legislatore italiano a prevedere il divieto della tecnica eterologa.

¹⁸⁴ Secondo L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 46: «se si considera che la CEDU ha emesso la sua decisione tenendo esclusivamente conto della situazione normativa austriaca (diversità di trattamento per chi accede all'eterologa *in vivo* e chi *in vitro*) appare difficile ricavare elementi per ritenere la L. n. 40/2004 in contrasto con la Convenzione europea. Le illogicità rilevate nell'ordinamento austriaco non sono certo presenti nel nostro, che vieta qualsiasi forma di eterologa tanto *in vivo*, quanto *in vitro*. Si tratta, dunque, di leggi

Il giudice *a quo*, verificata, infine, l'impossibilità di una interpretazione della norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, conforme a quella convenzionale, dato il divieto assoluto di fecondazione eterologa, ha ritenuto opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117, comma 1°, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU – come interpretato dalla sentenza CEDU del 1° aprile 2010 – e con l'art. 3 Cost..

All'ordinanza del Tribunale di Firenze, fondata sull'osservazione di una illegittima intromissione del legislatore in aspetti intimi e personali della vita privata e di una palese discriminazione tra le coppie sterili in dipendenza della gravità della patologia, è seguita – dopo poche settimane – la pronuncia dell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del Tribunale di Catania del 21 ottobre 2010¹⁸⁵.

Diversamente dal Tribunale di Firenze, il Giudice catanese ha chiesto alla Consulta una verifica sulla legittimità costituzionale dell'intero complesso delle disposizioni legislative attinenti al divieto delle tecniche di PMA di tipo eterologo. Pertanto, un controllo volto ad elidere non solo il divieto espressamente posto nell'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, ma anche la porzione dell'art. 9, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3» e l'art. 12, comma 1°, ove si prevedono sanzioni per

diverse, neanche assimilabili in via analogica, di modo che i principi di diritto enunciati dalla Corte nel caso della disciplina austriaca non possono essere applicati al fine di dedurre che la L. n. 40/2004 si trovi in contrasto con le disposizioni della Convenzione europea». A tal proposito, si veda anche G. M. SALERNO, *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, 42, 73 ss..

¹⁸⁵ Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, in *Gazz. Uff.*, 1ª serie speciale, 2 marzo 2011, n. 10. Nella fattispecie in esame, una coppia di coniugi, impossibilitata a ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo a causa della sterilità della moglie conseguente ad una menopausa precoce intervenuta all'età di trentasei anni, ha adito il Tribunale catanese per ottenere l'autorizzazione ad eseguire una fecondazione eterologa *in vitro* con ovodonazione, richiamandosi alla sentenza CEDU del 1° aprile 2010.

coloro i quali utilizzano «a fini procreativi gameti estranei alla coppia richiedente». Un dubbio di legittimità costituzionale, quello del Tribunale di Catania, ricollegato soprattutto agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost..

Il Tribunale di Catania ha confermato quanto già sostenuto dal Tribunale di Firenze nell'ordinanza del 13 settembre 2010, fondando la propria pronuncia sull'interpretazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea, contenuta nella sentenza della Corte di Strasburgo del 1° aprile 2010, secondo cui la facoltà delle coppie di concepire un figlio e di ricorrere, a tal fine, alla PMA rientra nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare e deve essere consentito dagli Stati aderenti alla Convenzione europea senza alcuna discriminazione e disparità di trattamento.

Il Giudice catanese ha, dunque, rilevato l'esistenza di un «serio problema di costituzionalità della normativa interna per contrasto con il diritto internazionale pattizio» ai sensi dell'art. 117, comma 1°, Cost.¹⁸⁶, pervenendo – come il Giudice di prime cure fiorentino – alla conclusione della ineludibilità del ricorso alla Corte Costituzionale per il giudizio di compatibilità del divieto di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, con i citati artt. 8 e 14 della Convenzione europea, come interpretati dalla CEDU, dovendosi escludere sia l'intervenuta “comunitarizzazione” delle norme convenzionali sia la possibilità di una interpretazione ermeneutica conforme a dette norme¹⁸⁷.

¹⁸⁶ A tal riguardo, si veda M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14 ss..

¹⁸⁷ A ben vedere, sia l'ordinanza fiorentina che quella catanese hanno esteso alla normativa italiana le valutazioni riguardanti la normativa austriaca, concordando nel ritenere che sebbene il Trattato di Lisbona consenta l'adesione dell'Unione europea al “sistema CEDU”, le procedure per tale adesione devono ancora essere attuate e pertanto non è utilizzabile lo strumento della disapplicazione della norma interna ritenuta in contrasto con la norma sovranazionale. Hanno ritenuto, tuttavia,

Il Tribunale di Catania ha ritenuto la normativa interna in contrasto anche con gli artt. 3¹⁸⁸ e 31 Cost.. Il Giudice catanese ha rilevato, infatti, la irragionevolezza del differente trattamento previsto per «le coppie con problematiche di procreazione a seconda del tipo di sterilità che le colpisce», giacché – così si legge nell’ordinanza – «paradossalmente proprio le coppie che presentano un quadro clinico più grave sono escluse dall’accesso alla PMA». È stato, altresì, ritenuto irragionevole il contrasto tra la previsione normativa di cui all’art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 e «la stessa finalità dichiarata dalla legge (di risolvere i problemi procreativi della coppia)»,

sulla base dell’orientamento più volte indicato dalla Corte Costituzionale ed ampiamente riportato nelle ordinanze [quale pronuncia più recente, si veda Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80; ma già a partire dal 2007, Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; Corte Cost., 27 febbraio 2008, n. 39; Corte Cost., 27 luglio 2009, n. 239; Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311; Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317; Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93] che il giudice debba, in prima battuta, interpretare le norme interne in modo conforme alla/e disposizione/i della Corte europea e soltanto successivamente sollecitare l’intervento della Corte Costituzionale in riferimento all’art. 117, comma 1°, Cost. (nei termini in cui risulta modificato dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 2001, n. 248) secondo cui: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹⁸⁸ Dall’art. 3 Cost. discende il principio di non discriminazione. Secondo M. P. COSTANTINI, *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e risvolti in Italia*, in M. D’Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 158, «si tratta di un canone di coerenza dell’ordinamento giuridico, incentrato sulla clausola generale della ragionevolezza, grazie al quale si è progressivamente esteso il giudizio di legittimità costituzionale sull’azione del legislatore, in termini di logicità interna della normativa, razionalità delle deroghe apportate, giustificazione delle differenze di trattamento. Alla verifica circa la ragionevolezza e la non discriminazione, è rilevante aggiungere che esiste nel nostro ordinamento un diritto fondamentale inerente alla creazione di una famiglia. La soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita è una situazione immediatamente riconducibile nell’alveo di tale diritto fondamentale e del diritto alla maternità/paternità».

evidenziando che «il diritto alla creazione della famiglia costituisce un diritto fondamentale degli individui, oltre che un interesse pubblico».

Il divieto assoluto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo è stato ritenuto in contrasto anche con l'art. 2 Cost., poiché – secondo il Tribunale di Catania – «il divieto oggetto di censura non garantisce alle coppie, cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il proprio diritto alla vita privata e familiare ed il proprio diritto di identità e di autodeterminazione». La decisione da parte delle coppie sterili o infertili di ricorrere alla PMA riguarda, infatti, la sfera più intima della persona, incidendo direttamente sulla stessa libertà di autodeterminarsi; ma tale diritto, inevitabilmente, è condizionato dai limiti determinati dalla patologia di cui le stesse coppie soffrono, trovandosi, in presenza del divieto di donazione dei gameti, nell'impossibilità di poter fondare una famiglia e, quindi, di poter costruire liberamente la propria vita ed esistenza¹⁸⁹.

La previsione normativa in esame è stata, infine, considerata in contrasto con il diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost., giacché il divieto di

¹⁸⁹ Tali diritti sono enucleabili dall'art. 2 Cost., in primo luogo, perché tradizionalmente interpretato in modo aperto, ma anche perché sono espressamente previsti dalle norme internazionali convenzionali e comunitarie sui diritti umani, che non possono non essere considerati quale strumento interpretativo ed evolutivo dei diritti umani tutelati dalla Costituzione. Oltre alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il riferimento specifico è alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (Carta di Nizza), il cui art. 7 prevede che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare». Il Giudice catanese ha sottolineato come, ai sensi dell'art. 7 della Carta di Nizza e dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, «soltanto in casi eccezionali, qualora vi siano altri diritti o interessi di rango uguale o superiore, sono ammissibili restrizioni e ingerenze di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto». Nel caso di specie, allora, occorre garantire il diritto alla vita privata – intesa come diritto a scelte intime e private senza ingerenza di alcuna autorità – e di autodeterminazione della coppia che voglia avere figli e che possieda i requisiti soggettivi previsti dall'art. 5, L. n. 40/2004, ma che debba ricorrere, in ragione del proprio quadro clinico, alle tecniche di fecondazione eterologa.

fecondazione eterologa rischia – ad avviso del Tribunale siciliano – di compromettere l'integrità psico-fisica delle coppie infertili o sterili.

Infatti, come nel caso di specie, le coppie con problemi di fertilità potrebbero essere costrette – qualora, in base a valutazioni di tipo medico-scientifico, si dovesse accertare che l'unico metodo sicuro atto a risolvere i loro problemi procreativi fosse il ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo – a sottoporsi a pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti e magari rischiosi per la salute, stante il divieto di ricorrere alla metodologia scientifica nel caso concreto più adatta e più sicura da un punto di vista medico¹⁹⁰.

¹⁹⁰ In tal modo, si limitano irragionevolmente la libertà e il dovere del medico di suggerire e praticare la cura nel caso concreto più efficace sia in relazione ai risultati da raggiungere, sia in ordine alla tutela della salute. A questo proposito, deve sottolinearsi come la scelta di un protocollo medico codificato e generalizzato non può essere rimessa al legislatore poiché la Corte Costituzionale ha già affermato nella sentenza 26 giugno 2002, n. 282, come il diritto ad essere curato secondo i canoni della scienza dell'arte medica non possa essere limitato da una pratica medica prevista legislativamente, atteso che «la pratica terapeutica si pone all'incrocio tra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, in particolare nella propria integrità fisica e psichica. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». Argomentazioni simili possono trarsi anche dalla sentenza della Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, nella parte in cui ribadisce che: «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali». Secondo M. P. COSTANTINI, *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e risolti in Italia*, in M.

In senso opposto rispetto all'ordinanza del Tribunale di Catania sopra esaminata, si è quasi contestualmente pronunciato il Tribunale di Salerno con ordinanza del 20 ottobre 2010¹⁹¹, aderendo a quel filone di pensiero che nega cittadinanza alla fecondazione eterologa nel nostro ordinamento, mostrando un atteggiamento di netta chiusura verso tentativi di abrogazione o attenuazione del divieto introdotto dalla L. n. 40/2004.

Nella fattispecie in esame, una coppia di coniugi, non essendo riuscita a concepire un figlio per vie naturali, ha chiesto al giudice di essere autorizzata all'utilizzo di tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo, con gamete femminile di un terzo soggetto esterno alla coppia.

Anche in questo caso, i ricorrenti hanno invocato – a sostegno della propria istanza – la pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 1° aprile 2010. Secondo gli istanti, la sentenza, enunciando un principio di diritto valido per tutti gli ordinamenti interni dei paesi sottoscrittori del Trattato di Lisbona assume un valore vincolante, e non meramente interpretativo, in merito alla legittimità, o meno, delle norme di altri ordinamenti aventi portata e contenuti analoghi a quella austriaca.

Sulla base di tali premesse, i ricorrenti hanno chiesto al giudice nazionale di disapplicare l'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, per contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, per l'effetto,

D'Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 161, «non può esservi dubbio che le tecniche di PMA siano da qualificarsi come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati (si vedano Corte Cost., nn. 559/1987 e 185/1998) sia perché implicano un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, coperto da Servizio Sanitario Nazionale e diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione, oltre che a contrastare le sofferenze connesse alla difficoltà di realizzarsi pienamente diventando genitore».

¹⁹¹ In *Fam. e Dir.*, 2012, 297 ss., con nota di E. CAMINITI, *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, *ibidem*, 298 ss..

dichiarare il diritto dei ricorrenti di accedere alle metodiche di PMA di tipo eterologo.

Il Tribunale di Salerno ha rigettato il ricorso evidenziando come l'esercizio della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte europea dall'art. 32, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, incontra un limite invalicabile nel rispetto dei valori che ogni Stato dell'Unione pone a fondamento della propria Costituzione¹⁹². Non sussistendo, in particolare, un vincolo assoluto di subordinazione dell'ordinamento interno ai principi enunciati nella Carta, ed operando nei rapporti tra i due sistemi normativi una relazione di ragionevole contemperamento di valori, le pronunce della Corte di Strasburgo possono fondare un dubbio di costituzionalità della legge nazionale solo allorquando da esse possa essere enucleata una regola generale da cui emerga con palese evidenza l'irragionevolezza della disciplina interna in contrasto¹⁹³.

Il Tribunale campano ha, quindi, cercato di verificare se fosse possibile individuare profili di analogia tra la normativa austriaca e quella italiana, sì da permettere l'estrapolazione di un principio di portata più ampia valevole anche per il nostro ordinamento. Sarebbe stata proprio la parzialità del divieto austriaco ad avere determinato – secondo il Giudice salernitano – la pronuncia della Corte di Strasburgo, che ha ritenuto la normativa austriaca viziata da incoerenza e contraddittorietà.

¹⁹² Sul punto, si vedano: M. TRIMARCHI, *Proprietà ed indennità di espropriazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1039; R. M. BOVA, *Indennità di espropriazione: L'Italia condannata dalla CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 541.

¹⁹³ In proposito, si vedano: E. LAMARQUE, *Gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955; E. SCODITTI, *Il dialogo tra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 123 ss.; R. CONTI, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. giur.*, 2010, 624 ss.; I. CELOTTO, *I Giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze nn. 348 e 349 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 41 ss..

Secondo il Tribunale di Salerno, le argomentazioni addotte nella pronuncia della Corte di Strasburgo, in definitiva, non possono essere estese alla normativa italiana, giacché questa, sancendo un divieto assoluto ed incondizionato all'utilizzo di qualsiasi tecnica di tipo eterologo, appare priva di contraddizioni e, dunque, coerente e ragionevole. Non rinvenendosi alcuna analogia tra la legislazione italiana e quella austriaca in materia di fecondazione eterologa, il Giudice campano – con una pronuncia ad oggi rimasta isolata – ha dichiarato irrilevante e manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, per contrasto con l'art. 117, comma 1°, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, e con gli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost., considerato che non sussisterebbero le medesime condizioni di fatto e di diritto essenziali per determinare una pronuncia di incostituzionalità della legge italiana.

3. *Segue.* L'ulteriore rinvio alla Consulta sul divieto assoluto di fecondazione eterologa (Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011).

Sulla scia dei Tribunali di Firenze e Catania, anche il Tribunale di Milano – con ordinanza del 2 febbraio 2011¹⁹⁴ – ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004.

La vicenda è sovrapponibile a quelle già esaminate dai giudici fiorentini e catanesi per la medesima prospettazione effettuata dai ricorrenti¹⁹⁵: i coniugi

¹⁹⁴ Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, in *Gazz. Uff.*, 1^a serie speciale, 13 luglio 2011, n. 30. Si veda la nota n. 178, par. 2, cap. III, p. 87, della presente tesi.

¹⁹⁵ Diversamente dalle ordinanze dei Tribunali di Firenze e Catania, il Giudice di Milano ha affrontato anche altri profili giuridici legati al caso di specie: in

istanti hanno chiesto al giudice monocratico di Milano di autorizzare il medico convenuto, in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ad eseguire in loro favore la fecondazione eterologa secondo le metodiche della PMA – tramite donazione di gamete maschile – stante l'infertilità assoluta dell'uomo, affetto da azoospermia.

Gli istanti, pur consapevoli del fatto che analoga domanda di altra coppia era stata già in precedenza respinta dal medesimo giudice milanese¹⁹⁶, hanno dedotto di essersi determinati a presentare ricorso a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo del 1° aprile 2010.

I ricorrenti hanno dunque sostenuto che, alla luce della suindicata pronuncia, sarebbe stato possibile – attraverso una interpretazione convenzionalmente conforme e costituzionalmente orientata – superare il divieto assoluto di PMA di tipo eterologo e circoscriverlo unicamente ai casi in cui difettano i requisiti soggettivi previsti in via generale dall'art. 5, L. n. 40/2004.

Il giudice lombardo di prima istanza ha affermato, innanzitutto, che tale interpretazione non era consentita, poiché avrebbe comportato una (almeno parziale) abrogazione della norma, risolvendosi, dunque, in una operazione riservata al Giudice delle leggi e non permessa al giudice ordinario. Ha, pertanto, osservato che il contrasto ravvisabile tra la normativa interna e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo imponeva al giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1°, Cost..

Adito in sede di reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., il Collegio – dopo aver affrontato alcune questioni di carattere squisitamente

particolare, l'esistenza di un contratto e l'intervento adesivo delle associazioni di pazienti infertili.

¹⁹⁶ Trib. Milano, ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 776 ss..

processuale¹⁹⁷ – è entrato nel merito della vicenda e, secondo un *iter* motivazionale in qualche misura sovrapponibile a quello dei giudici di Firenze e di Catania, ha esposto le motivazioni giustificative della rimessione degli atti alla Consulta.

Il Tribunale di Milano ha escluso che il generale divieto di PMA di tipo eterologo potesse interpretarsi nel senso proposto dai ricorrenti, giacché – come già esposto dal giudice monocratico – ciò avrebbe determinato una esegesi (almeno in parte) abrogatrice della norma. Il Collegio ha osservato ancora che il giudice italiano non può disapplicare la legge nazionale che risulti in contrasto con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ma deve tentarne una esegesi conforme a quella convenzionale, sino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto. Soltanto quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può applicare né la norma convenzionale in luogo di quella interna contrastante, né quella interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la Convenzione europea (e pertanto con la

¹⁹⁷ Sulla declaratoria di inammissibilità dell’intervento di terzo *ex art.* 105 c.p.c., sulla non configurabilità di un’ipotesi di *fictio litis* e sul rapporto tra *petitum* processuale e questione costituzionale nella fattispecie in esame, si veda A. PORRACCIOLO, *Nuovo rinvio alla Consulta sul divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Fam. e minori*, 2011, 5, 47 ss.. In particolare, per quanto concerne l’intervento di terzo, il Tribunale di Milano, condividendo l’assunto già espresso dal giudice monocratico, ha confermato la declaratoria di inammissibilità dell’intervento spiegato da due associazioni il cui fine statutario è quello di fornire sostegno e tutela alle coppie infertili e interessate alla PMA. Il Collegio non ha escluso la teorica possibilità che anche nei procedimenti cautelari sia consentito l’intervento previsto dall’art. 105 c.p.c. quando – con riguardo all’intervento adesivo dipendente – sia ravvisabile in capo al terzo una situazione di pregiudizio o di vantaggio che potrebbe derivargli dalla misura invocata *inter alios*; ha evidenziato, piuttosto, che nel caso in esame non era stata dedotta l’esistenza di un rapporto giuridico tra dette associazioni e i ricorrenti; di talché non era ravvisabile, in capo a quelle stesse associazioni, alcun interesse giuridicamente apprezzabile e tale da giustificare l’intervento.

Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117, comma 1°, Cost..

Ciò premesso, anche il Tribunale di Milano – dopo aver ripercorso gli snodi fondamentali della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° aprile 2010 – ha ritenuto di dover condividere le argomentazioni dei reclamanti circa «i possibili effetti ordinamentali in conseguenza di quella pronuncia», statuendo che la normativa in questione contrasta, innanzitutto, con la previsione di cui all'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, in stretto nesso con l'art. 29 Cost. che tutela il diritto della persona di «formare una famiglia». La norma di cui all'art. 29 Cost. – o meglio le norme se si considera anche il rapporto con l'art. 30 Cost. – tutelano, altresì, la finalità procreativa del matrimonio. Secondo i giudici milanesi, le norme richiamate afferiscono ai concetti di famiglia e di genitorialità e in quanto tali non possono essere cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore. Ne consegue che essi devono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi¹⁹⁸.

Appare interessante in questo senso il richiamo alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 sul punto relativo al diritto a costruire la propria identità relazionale attraverso il godimento delle cure parentali. Diritto tutelato, secondo i giudici milanesi, anche nel caso della fecondazione eterologa, «atteso che i genitori biologici e non genetici se ne assumono l'obbligo».

¹⁹⁸ Di qui il riferimento a Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il Collegio ambrosiano si è soffermato diffusamente anche sull'ipotesi di violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., oltreché di violazione di un interesse pubblico ai sensi dell'art. 31 Cost.¹⁹⁹. Secondo il Tribunale di Milano, infatti, la L. n. 40/2004 riserva un trattamento diverso alle coppie con limiti di procreazione, consentendo il ricorso alla PMA unicamente alle coppie i cui componenti possiedono (entrambi) gameti fecondabili, e non anche a quelle in cui (almeno) uno dei componenti sia incapace di produrre gameti idonei a generare l'embrione. Viceversa – così si legge nell'ordinanza – «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema».

Ad avviso dei giudici milanesi, infine, «il divieto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo rischia di incidere anche sull'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei componenti non presenta gameti idonei a concepire l'embrione»; né, d'altra parte potrebbe dubitarsi – secondo il Collegio ambrosiano – che «le tecniche di PMA debbano essere qualificate come rimedi terapeutici in ragione tanto dei beni che ne risultano implicati quanto della loro natura, consistendo in trattamenti da eseguirsi sotto diretto controllo medico».

Il Tribunale di Milano – anche in questo caso – ha, dunque, ritenuto opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, per contrasto con l'art. 117 Cost. e violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost..

¹⁹⁹ Ad avviso del Tribunale di Milano, «il diritto di formare una famiglia, la cui creazione include la scelta di avere figli, risponde anche ad un interesse pubblico» e «la normativa italiana non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare».

CAPITOLO QUARTO

LA QUESTIONE ANCORA “APERTA” SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIVIETO ASSOLUTO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA IN ITALIA.

SOMMARIO: 1. La legittimità del divieto per legge del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa (Grande Camera CEDU, sent. 3 novembre 2011). – 2. La procreazione medicalmente assistita eterologa al vaglio della Consulta (Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150). – 3. I nuovi rinvii alla Consulta sul divieto di fecondazione eterologa dopo l’ordinanza della Corte Costituzionale n. 150/2012 (Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 9 aprile 2013; Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013).

1. La legittimità del divieto per legge del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa (Grande Camera CEDU, sent. 3 novembre 2011).

Con sentenza del 3 novembre 2011²⁰⁰, la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha ribaltato la pronuncia di primo grado emessa diciannove mesi prima dalla Corte europea²⁰¹ – su cui sono stati

²⁰⁰ Grande Camera CEDU, sent. 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00, in *Foro it.*, 2012, IV, 209 ss..

²⁰¹ La Grande Camera si è pronunciata in seguito alla richiesta, da parte del Governo austriaco, di riesame *ex novo* della sentenza emessa dalla Prima Sezione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in data 1° aprile 2010.

La sentenza della Grande Camera ha radicalmente mutato le conclusioni a cui era giunta la Prima Sezione, annullandone gli effetti, con la conseguenza per i giudici comuni di dover comunque ottemperare all’obbligo di interpretazione conforme alle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, aderendo alla interpretazione resa da ultimo dalla Grande Camera. La pronuncia del 2010 resta, quindi, interamente sostituita dalla seconda decisione della Grande Camera e non può essere più invocata e valere come base di un contrasto costituzionale, in quanto interposto riempimento del contenuto del vincolo nascente dall’art. 117 Cost. rispetto ad una norma interna di uno Stato aderente alla Convenzione europea. Secondo R. CHIEPPA, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di*

fondati, in Italia, i tre ricorsi alla Corte Costituzionale contro il divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004 – ritenendo non lesive degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea le disposizioni della legge federale austriaca n. 293/1992, che vietano il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo mediante ovodonazione *in vivo* e *in vitro* e/o fecondazione *in vitro* con donazione di gameti maschili.

Secondo la Grande Camera, i divieti posti dalla legge austriaca in materia di PMA eterologa – pur costituendo un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori – non violano l'art. 8 della Convenzione europea. Tale interferenza risulta, infatti, giustificata e proporzionata, non eccedendo il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti²⁰² in una materia eticamente sensibile e controversa quale quella in esame.

costituzionalità, in <www.federalismi.it>, *Riv. dir. pubbl. it. comunitario e comparato*, 2012, 9, 72 ss., «occorre prestare particolare attenzione alla circostanza che si è di fronte a due decisioni nello stesso procedimento o meglio a successivi gradi dello stesso giudizio», nel quale la decisione della Grande Camera del 3 novembre 2011 si è sovrapposta al precedente giudizio, sostituendolo a tutti gli effetti. Non si tratta, dunque, di due giudicati riconducibili ad indirizzi diversi della Corte, cosicché dall'esterno ed in un altro giudizio si possano invocare gli effetti del primo indirizzo, come determinazione di principi esistenti ed interpretazione sovraordinata rispetto ad altri procedimenti nell'ordinamento interno degli Stati europei. L'unico giudicato che possa produrre effetti e vincoli per gli altri giudici nazionali è unicamente quello della Grande Camera, con la conseguenza – secondo l'Autore sopra citato – «che qualsiasi affermazione positiva di accoglimento o di recepimento del contenuto della decisione della Prima Sezione della Corte europea, da parte di un giudice italiano o della nostra Corte Costituzionale, sarebbe, addirittura, in contrasto con i principi desumibili dalla Convenzione, come sono stati interpretati dalla Grande Camera. Si incorrerebbe, pertanto, in una violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, indirettamente, della nostra Costituzione».

²⁰² Sulle ragioni giustificatrici della concessione o restrizione del margine di apprezzamento degli Stati contraenti, si veda P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 158 ss..

L'iter argomentativo della Grande Camera, che ha affrontato la questione non dal punto di vista di un eventuale obbligo positivo dello Stato di garantire l'accesso ad alcune forme di fecondazione assistita ma dalla prospettiva di una possibile ingerenza dello Stato nel rispetto alla vita privata e familiare dei ricorrenti²⁰³, è stato incentrato proprio sulla disamina del margine di apprezzamento spettante a ciascun legislatore nazionale nella regolamentazione di questioni attinenti alla PMA.

La Corte, pur avendo espressamente riconosciuto che tale margine di apprezzamento si assottiglia allorché sia coinvolto un aspetto essenziale dell'esistenza o dell'identità di un individuo (e la creazione di una famiglia attraverso il concepimento di un figlio non può non ritenersi tale)²⁰⁴, ha precisato che qualora la questione interessi aspetti etico - sociali particolarmente sensibili, il margine di discrezionalità goduto dagli Stati membri nel bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti diventa inevitabilmente più ampio²⁰⁵. Ad avviso della Grande Camera, tale

²⁰³ La Grande Camera, nella sentenza in esame, ha deciso di analizzare la vicenda considerando la norma di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo dalla prospettiva del suo *negative side* ovvero come fonte di obblighi di astensione per lo Stato, al fine di valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisca un'interferenza legittima necessaria e proporzionata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea.

²⁰⁴ Indiscussa è l'applicabilità al caso di specie dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, stante la riconducibilità alla nozione di "vita privata e familiare" del diritto della coppia di scegliere di avere un figlio avvalendosi, a tali fini, di tecniche di PMA.

²⁰⁵ A ben vedere, la Grande Camera si è limitata a richiamare l'ampiezza del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materie simili, senza definire gli stessi margini entro i quali tale libertà di apprezzamento si può estrinsecare e senza operare essa stessa alcun bilanciamento, o per meglio dire, verificare la correttezza di quello compiuto dal legislatore austriaco alla luce delle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; posto altresì che, d'altra parte, lo stesso art. 8 della Convenzione fa riferimento a specifici ambiti in cui l'Autorità nazionale è legittimata a porre limiti alla vita privata e familiare, i quali, peraltro, non vengono minimamente analizzati nello specifico dalla Grande Camera.

ampliamento, nel caso di specie, sembra altresì giustificato dalla mancanza di un consolidato consenso europeo (*common ground*) in materia di fecondazione assistita eterologa²⁰⁶; pertanto, è rimesso alla sovranità delle autorità nazionali il compito di bilanciare i contrapposti interessi²⁰⁷.

La Corte ha ritenuto che, nonostante le normative europee in tema di PMA eterologa consentano un sempre maggiore accesso a tecniche di fecondazione assistita mediante donazione di gameti²⁰⁸, ad oggi non si è consolidato un sentire «comune» in ambito europeo, tale da permettere di tracciare con precisione il margine di apprezzamento da riconoscere in materia agli Stati contraenti. Ad avviso della Corte, infatti, è in corso una «fase di transizione», non ancora idonea ad assicurare l'emersione di principi univoci e stabili che operino quali criteri guida per il suo sindacato²⁰⁹.

²⁰⁶ Si veda par. 106, Grande Camera CEDU, 3 novembre 2011.

Come di consueto, quando il ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo è originato da una probabile violazione di diritti in relazione ad un bisogno sociale pressante e quando è chiamata a decidere controversie connesse o prossime a considerazioni etico - morali, la Corte procede a verificare l'esistenza di un consenso tra gli Stati contraenti rispetto alla questione oggetto del suo sindacato.

²⁰⁷ Il giudice nazionale viene, a tal proposito, ritenuto *better placed* non in base alla capacità di accertare il contenuto del diritto ma in considerazione della sua capacità di valutare in concreto il bilanciamento dei differenti interessi in gioco (si veda par. 94, Grande Camera CEDU, 3 novembre 2011).

²⁰⁸ Secondo l'indagine comparatistica condotta nella sentenza in esame (paragrafi 35 - 40), oltre che in Italia ed in Austria, un divieto assoluto di fecondazione eterologa nella forma *in vitro* vige, infatti, soltanto in altri due paesi membri dell'Unione Europea (Lituania e Turchia). Un divieto relativo di fecondazione eterologa *in vitro* (riguardante la sola donazione di ovuli, ma non quella di gameti maschili) vige, invece, in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera. Altri paesi non sono dotati di apposita normativa. Il *trend* legislativo nei diversi paesi europei sembra però andare nel senso di una progressiva legalizzazione della fecondazione eterologa con donazione sia di ovuli sia di spermatozoi, come dimostrano recenti riforme attuate in Danimarca e Svezia.

²⁰⁹ È criticabile che la Grande Camera, richiamandosi ad uno studio comparativo risalente al 1998, abbia rilevato l'insussistenza di un *consensus* quando soltanto otto Stati membri su trentanove proibivano il ricorso a tecniche di ovodonazione e cinque vietavano la donazione di gameti maschili.

La pronuncia della Grande Camera si iscrive in un filone giurisprudenziale molto prudente²¹⁰, generalmente incline ad utilizzare la c.d. teoria del margine di apprezzamento statale²¹¹, al fine di avallare (o quantomeno di non censurare esplicitamente) le scelte politiche adottate dagli Stati in materie altamente controverse ed eticamente sensibili sulle quali non sussiste un consenso diffuso a livello europeo, e le legislazioni nazionali in cui tali scelte si sono tradotte²¹². Tuttavia, nel caso di specie, si ha quasi l'impressione che alla base della pronuncia della Grande Camera, più che l'esigenza comprensibile di non sostituirsi ai legislatori nazionali, vi sia invece l'intento dei giudici di Strasburgo di rimediare al proprio operato: quasi che la Corte utilizzi la sentenza della Prima Sezione per testare la tenuta – in termini di reazioni del mondo politico e dell'opinione pubblica europea, nonché di ripercussioni sui sistemi giuridici nazionali – di soluzioni avanzate di tutela dei diritti e che, laddove le reazioni o le conseguenze negative della propria decisione la convincano di aver fatto un passo troppo azzardato, essa si affretti a sconfessare il proprio stesso operato con la decisione di Grande Camera.

²¹⁰ Un recente esempio, in tal senso, si rinviene nella sentenza che ha rigettato il ricorso contro l'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane (Grande Camera CEDU, sent. 18 marzo 2011, ricorso n. 30814/06, Lautsi e altri c. Italia, in *Foro it.* 2011, IV, 181 ss.).

²¹¹ Sulla teoria del margine di apprezzamento elaborata dalla Corte di Strasburgo, si veda F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65 ss..

²¹² Secondo E. NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2012, IV, 209 ss., «l'approccio della Grande Camera può apparire, da un lato, troppo timido e viziato da un eccessivo *self-restraint*, come se i giudici di Strasburgo non svolgessero appieno il loro ruolo di supervisor della conformità degli ordinamenti interni alla CEDU; dall'altro, dettato invece da un comprensibile desiderio di non sovrapporre le scelte valoriali di un organo giurisdizionale, per quanto autorevole, a quelle del legislatore nazionale democraticamente eletto».

A condizionare la pronuncia della Grande Camera, oltre all'assenza di un *consensus* tra gli Stati membri in ordine alle soluzioni legislative adottate in materia di PMA eterologa, è intervenuto anche il c.d. fattore tempo (*time factor*). I giudici di Strasburgo hanno scelto, infatti, di effettuare il proprio sindacato sulla legge austriaca, rifacendosi al tempo della pronuncia della Corte Costituzionale del 14 ottobre 1999²¹³ e non considerando, invece, il panorama normativo attualmente esistente. Pertanto, nel valutare la ragionevolezza e la proporzionalità delle limitazioni previste dal legislatore austriaco, pur riconoscendo i progressi e gli sviluppi registrati negli ultimi dieci anni sia nel campo medico - scientifico sia in quello etico - sociale relativamente alla fecondazione assistita e pur invitando esplicitamente lo stesso legislatore a rivedere la normativa proprio alla luce di tali cambiamenti, la Grande Camera ha avuto quale principale riferimento il consenso esistente all'epoca della sentenza della Corte Costituzionale austriaca del 1999²¹⁴.

I giudici di Strasburgo (con maggioranza di tredici a quattro) hanno, dunque, ritenuto che – considerato il disagio manifestato in larghi settori della società austriaca, nel lontano 1999, in merito alle opportunità allora offerte dalla medicina riproduttiva – la legge austriaca e la sua applicazione abbiano operato il bilanciamento degli interessi in gioco in modo

²¹³ Si veda par. 84, Grande Camera CEDU, 3 novembre 2011.

²¹⁴ Secondo G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «supervenienti»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2069, «questa circostanza, seppure si può giustificare tenendo conto della peculiare conformazione del sindacato operato dalla Corte europea sulle legislazioni nazionali e della necessità di calibrare la sua pervasività con un uso particolarmente difensivo del margine di apprezzamento, dovrebbe quanto meno indurre a limitare fortemente la sua portata nel diritto interno, considerato che i termini del dibattito scientifico e bioetico intorno alla fecondazione eterologa sono sensibilmente mutati tra il 1999 ed il 2011».

ragionevole, aprendo con moderazione a forme di fecondazione eterologa *in vitro*²¹⁵.

Al di là della decisione del caso concreto, la Corte sembra tuttavia avere fornito, lungo il proprio percorso argomentativo, una serie di indizi – sotto forma di parametri attraverso i quali valutare l'intervento del legislatore nazionale in ambito di PMA – che rimandano ad una giurisprudenza non ancora consolidata, aperta a possibili interpretazioni alternative del rapporto tra legislazione e scienza medica²¹⁶.

²¹⁵ Si veda, a questo proposito, la *dissenting opinion* dei quattro giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria, per i quali: «*we find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgement in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgement, delivered at the end of 2011, of any real substance*». A ben vedere, la sentenza in esame risulta connotata da un carattere di manifesta contraddittorietà; non si comprende la ragione per cui la Grande Camera abbia dato conto dell'evoluzione della scienza medica in materia di fecondazione assistita, alla quale ha fatto seguito nella stragrande maggioranza degli Stati contraenti una revisione delle rispettive discipline, se poi, nel corso del giudizio, ha adottato quale unico parametro di riferimento la situazione esistente dieci anni addietro, al tempo della pronuncia della Corte Costituzionale austriaca del 1999.

²¹⁶ In questi termini si esprime S. PENASA, *Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'art. 8 della CEDU*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2012, I, 88 ss.. È stato anche affermato da G. BALDINI, *Procreazione assistita eterologa e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della CEDU*, in *<www.dirittifondamentali.it>*, 8 maggio 2012, 45 ss., che: «la rilevata "distonia storica" e le numerose "contraddizioni argomentative" che presenta la sentenza CEDU, se riguardate in positivo, potrebbero consentire, paradossalmente, una interpretazione diversa dalla pronuncia della Grande Camera conforme ai principi di ragionevolezza. La Corte, pur rigettando i ricorsi delle due coppie austriache, non avrebbe pregiudicato affatto la questione sull'eterologa che, proprio in virtù delle argomentazioni sviluppate in sentenza, resta un "campo aperto", destinato a ricevere regolamentazione adeguata a livello nazionale. Anzi, l'espressa apertura e valorizzazione dei profili di pluralismo etico e culturale discendenti dal richiamo al principio del margine di apprezzamento, dovrebbe incoraggiare ancora di più gli interpreti dei paesi che prevedono un analogo ovvero più rigoroso divieto, a verificare le specificità del proprio contesto culturale attuale alla luce del quale valutare il fenomeno».

La Grande Camera, infatti, se da un lato sembra aver rivolto un monito al legislatore austriaco affinché proceda ad una revisione della normativa in materia di fecondazione assistita considerando la rapida evoluzione della scienza e della società al riguardo, dall'altro ha aperto uno spiraglio a future decisioni di segno opposto nella materia considerata²¹⁷. È interessante osservare come, nella sentenza in esame, la Grande Camera abbia valorizzato l'identità del singolo Stato oggetto del giudizio negando la sussistenza della violazione, pur senza escludere al tempo stesso un prossimo *revirement* della sua posizione²¹⁸.

I giudici di Strasburgo hanno, dunque, ritenuto opportuno allertare gli Stati contraenti in merito all'evoluzione che sta interessando la materia della fecondazione assistita, concedendo loro un ulteriore lasso di tempo per

²¹⁷ Si veda par. 100, Grande Camera CEDU, 3 novembre 2011, nella parte in cui si afferma che: «le preoccupazioni basate sulle considerazioni morali o sull'accettabilità sociale devono essere seriamente considerate in un campo delicato come quello della procreazione artificiale. Tuttavia, queste non sono di per sé motivi sufficienti per un totale divieto di una tecnica specifica di procreazione artificiale quale la donazione di ovuli. Nonostante l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti, il quadro giuridico concepito per questo scopo deve essere plasmato in modo coerente cosicché si tenga adeguatamente conto dei diversi interessi legittimi coinvolti».

²¹⁸ Secondo S. RODOTÀ, *Lo spiraglio della Corte*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2012, 31, «nella pronuncia della Grande Camera si individua più di un elemento in grado di offrire una lettura non necessariamente preclusiva della possibilità di allineare il nostro agli altri sistemi giuridici, con una decisione rispettosa dei diritti fondamentali delle persone. ... Proprio la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che le scelte procreative sono espressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 della Convenzione europea. E che in materie caratterizzate da forti dinamiche determinate dalle innovazioni scientifiche e tecnologiche, è indispensabile tener conto del contesto e delle sue variazioni. Argomento non trascurabile in via generale, e che appare particolarmente rilevante in questo caso, considerato che la legge austriaca era del 1999 e che in questi anni molte cose sono radicalmente cambiate nel mondo della procreazione assistita».

procedere ad una esame approfondito delle rispettive normative²¹⁹. Secondo la Corte, infatti, «questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati contraenti», considerato che «la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali»²²⁰.

2. La procreazione medicalmente assistita eterologa al vaglio della Consulta (Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150).

Con ordinanza del 7 giugno 2012²²¹, la Consulta – investita delle questioni di legittimità costituzionale circa il divieto di ricorso alle tecniche di PMA eterologa di cui all’art. 4, comma 3, e conseguentemente degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1°, della L. n. 40/2004, sollevate dai Tribunali di Catania, Firenze e Milano²²² – ritenendo le questioni non decidibili nel

²¹⁹ La decisione della Grande Camera sembra assolvere, dunque, una funzione di *moral suasion*, oltre che giurisprudenziale in senso stretto. In tal senso, l’attività della CEDU, depotenziando l’incisività giuridica della sua precedente giurisprudenza, in particolare delle sezioni semplici, si mostrerebbe competente a giudicare non tanto la compatibilità delle norme interne con la Convenzione europea, ma soprattutto l’attività specifica posta in essere dagli Stati nel dare attuazione agli obblighi positivi desumibili dalla Convenzione, alla luce delle indicazioni fornite dalla stessa Corte.

²²⁰ Si veda par. 118, Grande Camera CEDU, 3 novembre 2011.

²²¹ Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150, in *Gazz. Uff.*, 1^a serie speciale, 13 giugno 2012, n. 24; in *Foro it.*, 2012, I, 2249 ss.; in *Dir. fam.*, 2012, 1400 ss. ed in *Giur. cost.*, 2012, 2050 ss..

²²² Preliminarmente, con riferimento all’eccezione di inammissibilità proposta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Corte ha precisato che la L. n. 40/2004 debba ritenersi, nel suo complesso, «costituzionalmente necessaria» poiché rappresenta la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore (...) che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa», ma in parte *qua* (ossia relativamente

merito, ha restituito gli atti ai giudici rimettenti, sollecitando un riesame alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011, che ha fornito una nuova esegesi delle norme della Convenzione europea, al fine di valutare se ed entro quali limiti permanga il denunciato contrasto²²³.

In considerazione della sopravvenuta sentenza della Grande Camera, la Corte Costituzionale ha ribadito la propria giurisprudenza, secondo cui, qualora all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale oppure qualora il

al divieto generalizzato previsto dalla legge di utilizzo della tecnica di fecondazione di tipo eterologo) non presenta invece contenuto costituzionalmente vincolato in tutte le sue parti, come già affermato dalla stessa Corte in relazione al giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo dell'art. 4, comma 3, della stessa legge (Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 49). Proprio in quella occasione, la Corte aveva avuto modo di spiegare che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non risultava «suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessaria». Sul rilievo che la L. n. 40/2004 sia «legge costituzionalmente necessaria», ma non per questo costituzionalmente legittima *in toto*, si veda in particolare F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Procreazione assistita, problemi e prospettive, Atti del Convegno di Studi tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005*, Fasano, 2005, 249 ss.. Si veda anche G. CASABURI, *Legge n. 40/2004: ultimo atto? Il divieto di PMA eterologa alla Consulta*, in *Corr. merito*, 2011, 35 ss..

²²³ A fronte di un esito simile, i primi commenti non hanno mancato di sottolineare criticamente la portata innovativa dell'ordinanza, soffermandosi in particolar modo sul carattere inedito della formula processuale adottata, in cui la restituzione degli atti è associata ad un assorbimento dei vizi di costituzionalità diversi da quello di cui all'art. 117 cpv. Cost., che la Corte Costituzionale ha ritenuto di non dover esaminare. A tal riguardo, si vedano: A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta on line*, <www.giurcost.org>, 12 giugno 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino «convenzionale» della Corte*, in <www.forumcostituzionale.it>, 29 giugno 2012; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ord. n. 150/2012 della Corte Costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2012, 138 ss. ed in <www.forumcostituzionale.it>, 19 luglio 2012.

quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata, viene ordinata la restituzione degli atti al giudice rimettente per un nuovo esame dei termini della questione²²⁴.

Non sembra esservi dubbio, innanzi tutto, sul fatto che la soluzione processuale fatta propria dall'ordinanza n. 150/2012 presenti marcati tratti di novità, tenuto conto che con essa, per la prima volta in assoluto, la Corte Costituzionale ha assunto a fondamento di una decisione di restituzione degli atti ai giudici rimettenti una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per le sue caratteristiche, essa si presta quindi ad essere ricondotta a quelle ipotesi, certo minoritarie ma non del tutto infrequenti, in cui lo *ius superveniens* non è legato ad una modifica sopravvenuta della norma oggetto del giudizio (che costituisce il presupposto tradizionale ed oggi pressoché esclusivo delle ordinanze di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*), bensì al mutamento sopravvenuto di uno degli altri termini della questione di legittimità costituzionale²²⁵.

²²⁴ Si veda, in particolare, Corte Cost., ord. 20 novembre 2008, n. 378.

²²⁵ Secondo G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU* «superveniens»: *i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, cit., 2069, «desta interesse il ragionamento che ha seguito la Corte Costituzionale nel cercare di inserire questa pronuncia in linea di continuità con il *corpus* delle proprie decisioni processuali. Dopo aver ricordato come le fattispecie di *ius superveniens* che legittimano la Corte a restituire gli atti per un nuovo esame dei termini della questione siano legate, oltre che alle modifiche subite dalla norma oggetto del giudizio anche, sebbene in una assai esigua minoranza di casi, alla modificazione del parametro costituzionale, ovvero alla disposizione che lo integra nel caso delle norme interposte oppure, ancora, al quadro normativo sottostante laddove esso subisca considerevoli modifiche, la Corte non chiarisce a quale di queste diverse ipotesi debba ricondursi il caso di specie, atteso che alla pronuncia sopravvenuta della Corte europea non viene espressamente attribuita l'idoneità né ad integrare una di queste fattispecie né, a dire il vero ed ancora prima, ad operare propriamente come vera e propria ipotesi di *ius superveniens*, ma genericamente ad incidere sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* così da costituire un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Secondo R. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost., ord. 7*

Nel caso di specie, la Corte Costituzionale ha affermato che la sentenza della Grande Camera incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* capace di influire direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta, per due ordini di motivi. In primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico - giuridico della configurazione in ordine al valore e all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In secondo luogo, poiché una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera svolta per la prima volta nel giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale, senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus*, comporterebbe un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto ai giudici rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali limiti permanga il denunciato contrasto.

Poiché in tutte le ordinanze di rimessione²²⁶ le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano hanno richiamato la sentenza CEDU, 1° aprile 2010, la Corte Costituzionale ha disposto la restituzione degli atti, al fine di consentire ai giudici *a quibus* di procedere ad un rinnovato esame della questione dell'eventuale contrasto

giugno 2012, n. 150, in *Foro it.*, I, 2012, 2263 ss., la circostanza che, a giudizio della Corte Costituzionale, il *novum* in base al quale si giustifica, nel caso in esame, la restituzione degli atti ai giudici rimettenti sia rappresentato da un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale della CEDU, «segna una indubbia valorizzazione del diritto giurisprudenziale, dal momento che una modificazione di un indirizzo giurisprudenziale viene ritenuta come modificazione di una disposizione integrante il parametro costituzionale invocato o modificazione del quadro normativo in cui la disposizione impugnata si inserisce».

²²⁶ Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010; Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011.

con l'art. 117 Cost., alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera CEDU del 3 novembre 2011.

La decisione della Consulta non appare, tuttavia, esente da critiche, poiché non si è pronunciata sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale riferite agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.²²⁷. La Corte ha giustificato tale omissione sostenendo che «i giudici *a quibus* non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117, comma 1°, Cost., in via preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte anche in relazione agli ulteriori parametri costituzionali invocati».

La restituzione degli atti con richiesta di riesame è certamente espressiva della volontà di instaurare un dialogo con il giudice *a quo*, il quale è chiamato a riflettere, in base agli elementi sopravvenuti, in ordine al giudizio già espresso circa la «rilevanza» e la «non manifesta infondatezza» della questione. Diversamente, nel caso in esame, la restituzione è stata motivata da ragioni di merito, essendo all'evidenza ininfluenza l'elemento sopravvenuto sulla rilevanza dell'eccezione. La Corte Costituzionale, infatti, ha ritenuto di non dover entrare nel merito «senza che su di esso abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus*», in quanto ciò comporterebbe «un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di

²²⁷ Sulla mancata considerazione degli ulteriori profili di costituzionalità da parte della Corte, si veda A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, cit., il quale osserva che «è facile previsione quella per cui le autorità rimettenti, pur laddove si accodino docili al nuovo orientamento della CEDU, ugualmente possono riproporre il dubbio originario con riferimento ai parametri restanti. A questo punto, la tattica pilatesca della Corte non soccorrerà più e la Corte stessa dovrà assumersi fino in fondo, e alla luce del sole, le proprie responsabilità».

costituzionalità, spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto»²²⁸.

Secondo il Prof. Carlo Flamigni²²⁹, nell'ordinanza in esame si ravvisa chiaramente l'intento di «prendere tempo», giacché – considerata la situazione internazionale – «è inaccettabile che l'Italia sia isolata dal resto dell'Europa, con una legislazione così profondamente diversa e lontana dalla società civile».

Anche ad avviso del Prof. Stefano Rodotà, con l'ordinanza n. 150/2012 «la Corte Costituzionale non avrebbe deciso di non decidere», bensì di «avviare una fase di riflessione», al fine di procedere ad un approfondito esame della normativa vigente in Italia in materia di PMA eterologa.

Secondo Rodotà, infatti, molte sono le ragioni in base alle quali si può ritenere che il rinvio della Consulta ed il riferimento ad un necessario approfondimento della sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011 non devono essere intesi come espressione di un orientamento negativo

²²⁸ Secondo R. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150*, cit., 2263, «in realtà, più che allo schema dell'incidentalità – il quale avrebbe al contrario suggerito una decisione nel merito da parte della Corte – l'ordinanza in rassegna pare ispirarsi al rispetto del principio del contraddittorio, considerando il giudice *a quo*, al pari delle parti costituite come necessario interlocutore. Mentre queste ultime hanno avuto la possibilità, attraverso le memorie presentate, di esprimersi anche sulla sopravvenuta sentenza della Grande Camera, altrettanto non ha potuto fare il giudice, stante l'impossibilità di far pervenire alcunché alla Corte dopo l'invio dell'ordinanza di rimessione».

Sulla riproposizione della questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, comma 1°, Cost., ed agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., si veda R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della CEDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consulta on line*, <www.giurcost.org>, 26 febbraio 2013.

²²⁹ Si veda l'intervista rilasciata da C. FLAMIGNI, in *La Repubblica*, 23 maggio 2012, 12.

della Corte Costituzionale di fronte alla richiesta di rimuovere il divieto assoluto di fecondazione eterologa dal nostro ordinamento²³⁰.

3. I nuovi rinvii alla Consulta sul divieto di fecondazione eterologa dopo l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 150/2012 (Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 9 aprile 2013; Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013).

I Tribunali di Firenze, Milano e Catania – con tre ordinanze di rimessione, rispettivamente depositate in data 29 marzo, 9 aprile e 13 aprile 2013 – hanno sollevato, per la seconda volta negli stessi procedimenti²³¹, la questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004.

²³⁰ Ad avviso di S. RODOTÀ, *Lo spiraglio della Corte*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2012, 31, «il riferimento alla sentenza di Strasburgo ed il suo necessario approfondimento non cancellano il fatto che la legittimità del divieto impugnato deve essere valutato alla luce dei principi fondamentali della Costituzione italiana. Principi che riguardano, in particolare, l'uguaglianza ed il diritto fondamentale alla salute. Il principio di uguaglianza sarebbe, infatti, violato perché il divieto di fecondazione eterologa inevitabilmente discrimina le coppie alla cui sterilità o infertilità può essere posto rimedio soltanto ricorrendo alle tecniche di PMA di tipo eterologo, in grado di offrire la possibilità di rendere concrete le loro scelte procreative al pari di ogni altra coppia. La L. n. 40/2004, peraltro, è concepita come strumento per la “soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” ed è, dunque, collocata nel quadro della tutela della salute. Poiché l'art. 32 della Costituzione qualifica la salute come diritto “fondamentale”, il divieto di accesso a determinate tecniche violerebbe proprio questo diritto. ... In realtà, un Parlamento degno di questo nome, consapevole della continua delegittimazione derivante dal fatto che una sua legge obbliga i cittadini ad aggirarla per far valere i propri diritti, dovrebbe esso stesso porre fine a questo stato di cose».

²³¹ Si vedano le precedenti ordinanze di rimessione: Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010; Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, esaminate nel Cap. III, par. 2 e 3, p. 86 ss., della presente tesi.

I giudici di prime cure hanno, dunque, accolto l'invito ad essi rivolto nell'ordinanza n. 150/2012²³², con cui la Corte Costituzionale – dopo aver riunito i giudizi di costituzionalità sollevati dai Tribunali di Firenze, Milano e Catania, per la sostanziale identità delle censure sollevate rispetto alle norme di cui all'art. 4, comma 3, art. 9, commi 1 e 3, ed art. 12, comma 1°, L. n. 40/2004 – aveva ordinato la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché i rimettenti procedessero ad un rinnovato esame della questione dell'eventuale contrasto con l'art. 117 Cost., alla luce della pronuncia della Grande Camera CEDU del 3 novembre 2011²³³.

Nelle nuove ordinanze di rimessione, i giudici di merito hanno in sostanza vagliato le medesime argomentazioni già esposte in precedenza dai ricorrenti, i quali si sono limitati ad alcune osservazioni critiche in ordine alla pronuncia della Grande Camera, ravvisando le condizioni per investire nuovamente la Consulta della questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto del ricorso a tecniche di PMA eterologa previsto dalla L. n. 40/2004.

In primo luogo, i giudici nazionali hanno concluso per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 117, comma 1°, Cost., considerato che la Grande Camera CEDU, nella sua ultima pronuncia del 3 novembre 2011, ha offerto un'interpretazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che ha portato ad escludere la violazione di dette norme da parte della legge austriaca.

In particolare, il Tribunale di Catania, pur riaffermando il principio della vincolatività dell'interpretazione fornita dalla Corte europea sulle norme della Convenzione, ha rilevato che le disposizioni CEDU, grazie al rinvio operato dall'art. 117, comma 1°, Cost., sono soggette al processo di

²³² Si veda Cap. IV, par. 2, p. 110 ss., della presente tesi.

²³³ Si veda Cap. IV, par. 1, p. 102 ss., della presente tesi.

bilanciamento – a cui è chiamata la Consulta oltre che, a monte, il legislatore – con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere limitati dall’espansione di una singola tutela²³⁴. Alla Corte Costituzionale spetterà il compito di «apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi»²³⁵.

In presenza di altre norme costituzionali richiamate dai giudici rimettenti, quindi, la rilevata compatibilità tra la disposizione interna e l’art. 117, comma 1°, Cost., sulla base dell’interpretazione delle norme convenzionali fornita dalla CEDU, non esaurisce automaticamente il sindacato della Corte: essa, infatti – come rilevato dal giudice *a quo* – potrà e dovrà «valutare la non manifesta infondatezza della questione tra norma di riferimento», interpretata secondo le indicazioni normative offerte dalla disposizione convenzionale, a sua volta oggetto dell’esegesi della CEDU, «e parametri interni».

Anche il Tribunale di Milano – dopo aver affermato che la Consulta ha correttamente ritenuto non contrastanti con le norme CEDU e, quindi con l’art. 117 Cost., i divieti vigenti in Austria in materia di fecondazione eterologa, esprimendo un giudizio “ora per allora” – ha precisato che la Grande Camera non ha però «verificato se nel prosieguo di tempo lo Stato nazionale avesse mantenuto in vita una legislazione non armonica con il

²³⁴ Così, Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317; Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236; Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303; Corte Cost. 28 novembre 2012, n. 264.

²³⁵ Così, Corte Cost. 26 novembre 2009, n. 311; Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236; Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303.

progredire delle scienze mediche ed il mutamento della sensibilità sociale dei cittadini; requisiti che, se non rispettati, porterebbero il legislatore nazionale a violare il principio di proporzionalità richiesto dall'art. 8 della Convenzione, rendendo al contempo non invocabile il margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato».

Dopo aver escluso la configurabilità di una violazione dell'art. 117 Cost., i giudici rimettenti hanno esaminato la fondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto del ricorso a tecniche di PMA eterologa sotto il profilo dell'eventuale violazione dell'art. 3 Cost., nel suo corollario costituito dal principio di ragionevolezza, «in forza del quale il giudizio di legittimità costituzionale delle norme deve essere compiuto verificando la logicità interna della normativa e la giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento».

Considerando che, come ritenuto dalla Corte Costituzionale²³⁶, per verificare se sia conforme a ragionevolezza, un trattamento normativo differente, deve farsi riferimento al «punto centrale della disciplina, nella prospettiva in cui si colloca lo stesso legislatore», e che la L. n. 40/2004, all'art. 1, stabilisce che il suo scopo «è quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», consentendo «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, qualora non vi siano metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», ne consegue necessariamente che il divieto contenuto nell'art. 4, comma 3, della normativa italiana appare violato sotto il profilo della ragionevolezza. Si rileva, infatti, una sostanziale disparità di trattamento tra le coppie con problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità, in

²³⁶ Corte Cost., 17 dicembre 2010, n. 359.

ragione della patologia che li provoca²³⁷, «dovendosi invece ritenere che all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) corrisponda la uguale possibilità di ricorso alla PMA applicando la tecnica utile per superare lo specifico problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata».

A tal proposito, i giudici *a quibus* hanno precisato che «l'elemento non comune (specificità della patologia) non pare idoneo ad escludere l'applicabilità di un concetto logico di eguaglianza giuridica» e che a tutte le categorie di coppie infertili, quale che sia la patologia da cui sono affette, deve essere assicurata la «comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico - scientifica» per superare l'accertata patologia.

Sulla base delle argomentazioni addotte dai giudici di Strasburgo, i Tribunali di Firenze, Milano e Catania hanno altresì ritenuto che possa ravvisarsi un contrasto tra il divieto assoluto del ricorso a tecniche di PMA eterologa previsto dalla L. n. 40/2004 e gli artt. 2 e 31 Cost.²³⁸, nella parte in cui «il divieto normativo non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima».

Premesso che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere a tal fine alle tecniche di PMA è tutelato dall'art. 8 della Convenzione

²³⁷ Il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo crea una sostanziale disparità di trattamento tra le coppie infertili, poiché sono tutelati soltanto coloro che presentano problemi di concepimento risolvibili mediante il ricorso a tecniche di PMA di tipo omologo. Le coppie che, invece, sono affette da patologie procreative più gravi, superabili esclusivamente mediante l'utilizzo di gameti donati da soggetti terzi, sono escluse dall'accesso alla fecondazione assistita: e in questo, la disparità di trattamento dispiega tutta la sua irrazionalità.

²³⁸ Nelle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze e Milano è stato rilevato anche il contrasto con l'art. 29 Cost..

Europea dei Diritti dell’Uomo – così come affermato dalla Grande Camera CEDU nella sentenza del 3 novembre 2011²³⁹ – costituendo espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare, ne consegue che «nell’ambito della tutela della vita privata di ogni cittadino rientra non solo il diritto di avere o non avere un figlio, ma anche quello di concepire un figlio mediante l’utilizzo di tecniche di procreazione assistita».

Ad avviso dei rimettenti, il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia relativamente alle scelte in tema di genitorialità viene, dunque, compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione, quale quella eterologa, che costituisce peraltro l’unica via per consentire ad una coppia di superare i propri problemi di sterilità o infertilità, non altrimenti risolvibili²⁴⁰.

I giudici *a quibus*, richiamandosi ancora a quanto espressamente affermato dalla Grande Camera CEDU, hanno sottolineato come «gli stessi concetti di famiglia e di genitorialità, in quanto dotati della duttilità propria delle categorie costituzionali, non possono considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, ma devono essere interpretati tenendo conto

²³⁹ Par. 82, Grande Camera CEDU, sent. 3 novembre 2011.

²⁴⁰ E ciò, senza che tale scelta vada a comprimere altri diritti fondamentali della persona, né altri diritti costituzionalmente garantiti. Il concepimento di un figlio mediante il ricorso a tecniche di PMA non può neppure ritenersi lesivo – secondo i giudici *a quibus* – del diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, poiché quest’ultimo – come affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 11 maggio 2001, n. 120 – costituisce «un diritto che è elemento costitutivo dell’identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989, dall’art. 2 Cost.». L’insopprimibile diritto del figlio ad avere un nome ed una famiglia, ed a costruirsi una compiuta identità relazionale attraverso il godimento delle indispensabili cure parentali, risulta adeguatamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, rispondendo a tal fine l’assunzione di ogni inerente obbligo da parte dei genitori biologici e non genetici.

dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime»²⁴¹.

I giudici di prime cure hanno, poi, ravvisato la violazione dell'art. 2 Cost. nella limitazione del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini, che è una componente del loro diritto all'autodeterminazione. Il manifestarsi di tale aspetto della personalità sarebbe, infatti, impedito dalla naturale incapacità di procreare e potrebbe trovare una soluzione nel ricorso alla PMA, eventualmente di tipo eterologo.

È stato, infine, rilevato che – anche in esito alla pronuncia della Grande Camera CEDU del 3 novembre 2011 – appare configurabile il contrasto delle norme in esame con l'art. 32 Cost., poiché «con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione».

Ad avviso dei giudici rimettenti, «le tecniche di PMA devono essere qualificate come rimedi terapeutici»²⁴² sia in relazione ai beni che ne risultano

²⁴¹ Si veda anche Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138. La Consulta ha altresì statuito che: «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» (Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494); dal che può farsi discendere una indicazione giurisprudenziale promanante dalla stessa Corte in ordine all'auspicabilità di una massima espansione della tutela della piena realizzazione di tali diritti.

²⁴² Non è chiaro se i giudici *a quibus* vogliano intendere il ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo come mezzo di rimozione dell'invalidità procreativa o come strumento di conseguimento dell'integrità psichica dell'individuo. Una parte della dottrina penalistica ha, a tal proposito, già da tempo sottolineato come la finalità terapeutica delle tecniche di PMA vada intesa in senso «più ampio di quello di terapeuticità in senso tecnico – che nel settore della PMA si rivela inadeguato, in quanto le metodiche in esame non eliminano né curano le cause della patologia, ripristinando l'originaria o tipica funzione – configurando così il ricorso alle nuove tecnologie riproduttive quale “rimedio” alla sterilità e all'infertilità» (così, S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori e opzioni ideologiche*, cit., 62 ss.). Sul punto, si veda

implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica comportante un difetto di funzionalità dell'apparato riproduttivo di uno dei coniugi (o conviventi) che impedisce la procreazione, rimuovendo, nel contempo, le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale»²⁴³. Ciò posto, la norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, non consentirebbe l'espansione della genitorialità in presenza di limiti funzionali superabili attraverso il ricorso a tecniche ed interventi medici sconosciuti, ed anche solo inimmaginabili, sino a pochi anni orsono e resi possibili dal progredire esponenziale delle scoperte scientifiche e delle tecniche applicative.

anche R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 101, secondo cui: «seppure possa essere negato il carattere terapeutico delle metodiche procreative, può comunque essere loro attribuita la qualifica di “atti medici”, considerato che esistono da tempo atti pacificamente qualificati medici che non incidono su patologie perché vere e proprie malattie degenerative addirittura non esistono (es. chirurgia estetica o medicina sportiva)». Nega il carattere della terapeuticità delle tecniche procreative, ma soltanto a causa delle paventate conseguenze etiche che potrebbero derivare da tale riconoscimento, R. RIZ, *Bioetica. Fivet. Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, 465 ss., secondo il quale: «se la Fivet fosse dichiarata terapeutica *ex lege*, allora si verrebbe a legittimare ogni forma di procreazione assistita: utero in affitto, procreazione assistita a favore di coppie conviventi dello stesso sesso ed anche a favore di *single* (di sesso femminile o maschile)».

²⁴³ Quanto alla scelta tra i diversi strumenti terapeutici utilizzabili per superare i problemi procreativi della coppia, la Consulta ha affermato che «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151).

CONCLUSIONI

CONSIDERAZIONI SUL SUPERAMENTO DEL DIVIETO ASSOLUTO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA IN ITALIA.

SOMMARIO: 1. La previsione in Italia di una normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa. – 2. L’auspicabile tramonto del c.d. “turismo procreativo”.

1. La previsione in Italia di una normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa.

In considerazione delle normative vigenti in Europa in materia di PMA di tipo eterologo e dell’*iter* giurisprudenziale favorevole al superamento del divieto assoluto del ricorso a tecniche di fecondazione eterologa in Italia, *de iure condendo* si confida in un tempestivo intervento del legislatore italiano che, preso atto delle indicazioni della Corte Costituzionale²⁴⁴ e della giurisprudenza dell’Unione Europea, riformuli la normativa della PMA.

Appare, infatti, opportuna una modifica legislativa, pur con l’inserimento di alcune limitazioni in grado di tutelare le esigenze di ordine pubblico, come il divieto di commercializzazione e di remunerazione dei donatori.

Il tema della PMA – come si evince dalla presente indagine – pone numerose questioni sotto diversi profili: il rapporto tra autonomia del singolo ed intervento pubblico; il coinvolgimento di interessi delicati, quali la vita, la libertà di autodeterminazione, la libertà sessuale, il diritto alla procreazione, la tutela della salute, la tutela dell’embrione, la riservatezza, la

²⁴⁴ La Consulta dovrà pronunciarsi a breve sulle questioni di legittimità costituzionale del divieto assoluto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo di cui all’art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, sollevate per la seconda volta dai Tribunali di Firenze (ord. 29 marzo 2013), Milano (ord. 9 aprile 2013) e Catania (ord. 13 aprile 2013).

famiglia. E rispetto ad essi, si registra inevitabilmente la compresenza, nella nostra società, di una pluralità di concezioni etico - morali, religiose o laiche.

Proprio perché materia delicata, non può che auspicarsi una legislazione ispirata ad un concetto di democrazia pluralista, volta a contemperare le diverse esigenze in una prospettiva di equilibrio e bilanciamento di interessi²⁴⁵. Tanto più se si considera che il legislatore del 2004 non ha esitato ad adottare una logica decisamente maggioritaria ed assolutistica, assumendo una prospettiva fortemente unilaterale nella tutela della vita dell'embrione e costellando la disciplina di una serie considerevole di divieti, tra cui quello del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo²⁴⁶.

²⁴⁵ Sul punto, ben prima della L. n. 40/2004, si veda S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 140 ss.; S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *Ind. pen.*, 2000, 1091 ss..

²⁴⁶ Secondo R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit., 101, «pare molto difficile trovare una giustificazione razionale a questo divieto, in quanto, da qualsiasi prospettiva lo si veda, emergono numerose ragioni per affermare la sua irragionevolezza. In particolare, questo divieto sembra caratterizzarsi per una irrazionalità tanto assoluta quanto assoluta è la sua portata, entrando spesso in una spirale di contraddizioni dalle quali risulta impossibile uscire». In particolare, sulla circostanza che il divieto in esame sia posto a tutela del diritto alla vita dell'embrione, l'Autore afferma che «è opportuno sgomberare subito il campo da tale idea, e ciò perché, vietando *in toto* l'attività della fecondazione eterologa, esso è volto a impedire la stessa creazione dell'embrione. Si potrebbe allora dedurre che il divieto in esame si ponga in contrasto proprio con il diritto alla vita dell'embrione, venendosi così a determinare una vera e propria contraddizione interna alla L. n. 40/2004, visto che lo scopo principale di tale legge è proprio quello di tutelare in termini assoluti la vita dell'embrione. Tuttavia, questa conclusione proverebbe troppo, in quanto, a ben vedere, nel momento in cui il divieto opera, una vita dell'embrione ancora non esiste».

L'applicazione della L. n. 40/2004 ha dimostrato, nel tempo, che il ricorso alla "minaccia penale"²⁴⁷ quale strumento per indirizzare le condotte degli operatori sanitari non funziona.

I divieti non condivisi generano, infatti, comportamenti di fuga e la L. n. 40/2004, pensata in chiave esclusivamente repressiva, non riesce a dare le regole d'uso delle nuove tecnologie della riproduzione²⁴⁸.

È, dunque, più che mai opportuno che anche l'Italia – unico paese in Europa a contemplare il divieto assoluto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo unitamente a Turchia e Lituania – si uniformi alle normative vigenti in Europa in materia di fecondazione assistita eterologa, affrontando il passaggio dal divieto alla regolamentazione²⁴⁹.

Siffatta conclusione muove dall'idea che il diritto deve essere laico: non deve sposare una certa opzione morale²⁵⁰, ma rispettare le scelte delle persone e disciplinarne le conseguenze.

²⁴⁷ La L. n.40/2004 è sostanzialmente una legge penale, sanzionatoria nei confronti del medico. A tal riguardo, si veda E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari - G. Ferrando - C. M. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1537 ss..

²⁴⁸ Così G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 527, secondo la quale «le coppie non vedono pienamente tutelati i propri diritti ed i medici lavorano in una situazione di incertezza sulle proprie responsabilità che non giova al buon esercizio della medicina».

²⁴⁹ Secondo G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., 527, «il divieto di donazione di gameti appare eccentrico in un contesto, come è quello italiano, dove viene incentivata la solidarietà nella donazione di elementi corporei, si tratti della donazione di cellule, tessuti od organi».

²⁵⁰ È significativo del particolare contesto morale del nostro paese il fatto che proprio il divieto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, già più di cinquant'anni orsono, costituisse la questione esclusiva affrontata dal primo progetto di legge sulla PMA che, compendiata in unico articolo, sanzionava la donna che avesse consentito su di sé pratiche inseminali con seme totalmente o parzialmente non del marito. Nel disegno di legge presentato alla Camera il 25

A ben vedere, il divieto assoluto di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, discostandosi dall'orientamento espresso in paesi culturalmente vicini all'Italia (in cui anche le legislazioni più restrittive hanno ammesso il ricorso a siffatta tecnica in determinate circostanze) ed in assenza di un qualsiasi danno sociale, sembra esclusivamente orientato a salvaguardare un principio ideologico da imporre coattivamente a tutti, in contrasto con il principio fondamentale di laicità, con l'attuale pluralismo culturale e morale presente nel nostro paese e, ancora, con il principio di autonomia e di libertà di scelta della coppia su un tema estremamente personale e privato quale quello della genitorialità.

Proprio con riferimento al tema della genitorialità, da più parti si rileva come la PMA di tipo eterologo possa trovare spazio nel nostro ordinamento, partendo dal presupposto di un progetto genitoriale, anche indipendente dal dato biologico, fondato sulla volontà e responsabilità²⁵¹.

Sul delicato tema della fecondazione assistita sembra, pertanto, irrinunciabile una legislazione "aperta", che presupponga una pluralità di concezioni morali ed una varietà di modelli familiari e che permetta la coesistenza di tutte queste concezioni. In una comunità sempre più

novembre 1958 dai deputati Gonella e Manco era espressamente previsto che: «la donna che permette su di sé, con seme totalmente o parzialmente non del marito, pratiche inseminative, è punita con la reclusione sino ad un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito, nonché il terzo donatore di seme e chiunque, su donna coniugata consenziente, compie atti idonei alla fecondazione artificiale».

²⁵¹ A tal riguardo, si veda L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, cit., 50. Anche secondo C. FLAMIGNI, *Postfazione. Una proposta per il futuro*, in M. D'Amico, I. Alesso, M. Clara, *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, cit., 134, «esistono genitorialità basate sulla responsabilità e non sulla biologia»; nell'intervista rilasciata dall'Autore, in *La Repubblica*, 23 maggio 2012, 12, si legge che «il concetto di genitorialità è cambiato ed essere padre o madre non è soltanto questione di gameti, considerato che un figlio è di chi lo ama».

pluralistica e differenziata risulta, infatti, fondamentale promuovere una funzione del diritto quale strumento di convivenza e non soltanto di imposizione.

In linea di principio non dovrebbe esistere, sul piano dell'esercizio dei diritti fondamentali, una insuperabile distinzione tra procreazione naturale e procreazione assistita, dovendo essere rispettate, in primo luogo, le scelte individuali, nei limiti che possono derivare soltanto da un equo bilanciamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti, primo tra tutti l'interesse superiore del minore.

Se la *ratio* del divieto della fecondazione eterologa è la difesa del diritto del minore crescere in una famiglia con la doppia figura genitoriale, non vi è chi non veda come sia irragionevole ed ingiustificato un divieto esteso anche ai soggetti – le coppie eterosessuali coniugate o conviventi – ammessi alla fecondazione omologa²⁵².

A ben vedere, esaminando con attenzione i lavori preparatori della L. n. 40/2004 emerge che la convinzione del legislatore circa il divieto di fecondazione eterologa non sia stata del tutto pacifica; si è registrata, infatti, una continua oscillazione tra la previsione del divieto e la sua rimozione.

La fecondazione eterologa è stata ammessa dal disegno di legge più laico, quello presentato nella XIII legislatura, che significativamente non poneva limiti rigidi alla produzione degli embrioni, ma contemplava gli embrioni c.d. “necessari”. Vi sono stati, altresì, progetti in cui si è ammessa la

²⁵² Secondo M. D'AMICO, I. ALESSO, M. CLARA, *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Milano, 2010, 109, «la possibilità di ricorrere alla scienza per diventare genitori aiuta e rafforza la famiglia; la negazione rischia invece, da un lato, di creare squilibri all'interno della coppia, dall'altro determina una discriminazione fra coppie in ragione della possibilità economica di recarsi all'estero».

fecondazione eterologa soltanto per le coppie eterosessuali sposate o conviventi²⁵³.

Vietare la PMA eterologa per le coppie che necessitano di donazione di gameti, significa introdurre un ostacolo che impedisce il perseguimento coerente e razionale dello scopo della normativa nel suo complesso.

La norma di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, risulta discriminatoria non solo estrinsecamente in quanto pone le coppie incapaci di produrre gameti fecondabili in una condizione differenziata rispetto a quella delle altre coppie infertili, senza che la norma medesima risulti perseguire alcuna finalità apprezzabile, ma anche intrinsecamente in quanto il principio costituzionale di uguaglianza appare violato, mancando ogni ragionevole motivo per riservare alla prima categoria di coppie un trattamento diverso dalla seconda, creando situazioni di svantaggio in difetto di una fondata o almeno plausibile giustificazione del precetto o desumibile da effettive esigenze oggettive.

In effetti, non è possibile rinvenire una ragione che consenta di distinguere le due categorie di coppie sulla base di presunte sofferenze o disturbi del nascituro "eterologo", dovuti al fatto di avere un solo genitore biologico.

Confutata l'argomentazione secondo cui coppie in cui non entrambi i genitori sono quelli biologici costituiscono un ambiente meno idoneo ad accogliere il nascituro in confronto alle coppie di genitori biologici, le due situazioni di partenza, trattate diversamente, risultano del tutto assimilabili dal punto di vista sostanziale.

²⁵³ Articolato predisposto dalla Commissione ministeriale istituita presso il Ministero di Grazia e Giustizia, presieduta dal Prof. F. D. Busnelli (10 maggio 1996): «Norme in tema di bioetica con particolare riguardo alla fecondazione assistita».

Inoltre, anche la tesi secondo la quale l'identità biologica renderebbe più facile la cura di eventuali malattie risulta infondata. Si può, infatti, porre rimedio a tale rischio istituendo banche dati in cui siano reperibili tutte le informazioni necessarie per identificare i genitori biologici.

Alle luce delle riflessioni ed osservazioni che la presente indagine in materia di fecondazione eterologa ha nel complesso suscitato – con riferimento sia all'esperienza legislativa di altri paesi, sia alla giurisprudenza nazionale ed europea – sembra a chi scrive che sia da ritenersi opportuna l'abolizione del divieto assoluto di cui all'art. 4, L. n. 40/2004.

Temere, infatti, che dall'ammissibilità della PMA di tipo eterologo discenda un abuso dell'utilizzo delle tecniche, è argomento che prova troppo, se solo si considera che tale pericolo potrebbe essere connesso all'utilizzo di qualunque altra tecnica di PMA, invece ammessa.

Sarebbe, dunque, auspicabile l'adozione di un “modello di tipo liberale”²⁵⁴, in cui sia lecita ogni forma di PMA, omologa ed eterologa, con la previsione di opportuni limiti e condizioni, volti a tutelare primariamente il superiore interesse del nascituro.

In attesa della sentenza della Consulta – chiamata a pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale del divieto assoluto di ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, di cui all'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, nuovamente sollevate dai Tribunali di Firenze, Milano e Catania – è evidente che la eventuale cancellazione del divieto di fecondazione eterologa richiederebbe una regolamentazione compiuta della donazione dei gameti, attualmente limitata al solo divieto di commercializzazione posto dall'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004²⁵⁵.

²⁵⁴ Si veda Capitolo I, par. 3, p. 36, della presente tesi.

²⁵⁵ In assenza di regolamentazione, nella procedura attuata da parte dell'operatore sanitario mancherebbero un limite al numero di donazioni che

Qualora fosse consentito l'accesso alla fecondazione eterologa, il legislatore dovrà indicare i contorni di applicabilità di detta tecnica procreativa, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

Con riferimento al primo profilo, sembra a chi scrive che i requisiti dei soggetti ammessi alla fecondazione omologa, previsti dall'art. 5, L. n. 40/2004, debbano valere anche nel caso in cui sia eventualmente consentito il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo; pertanto, il legislatore dovrà legittimare «coppie di maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», consentendo comunque l'accesso, ai sensi dell'art. 4, L. n. 40/2004, «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione» e circoscrivendolo «ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

Al fine di eliminare ogni timore di possibile commercio di gameti e cattivo uso delle tecniche di PMA eterologa, il legislatore potrà adottare vari accorgimenti che prevedano l'autorizzazione ai soli ospedali pubblici, la gratuità delle donazioni e la proibizione del segreto.

La donazione dei gameti (maschili e femminili) potrà, dunque, essere consentita esclusivamente ove ricorrano certe condizioni.

Il legislatore dovrà, naturalmente, regolamentare anche i profili connessi alla persona del donatore. Potrà, ad esempio, prevedere – uniformandosi alla normativa vigente in Francia – che sia donatore soltanto chi abbia già procreato e che dai gameti di un solo donatore non possa essere

possono essere effettuate da un singolo donatore ed un limite al numero di figli che possono nascere dallo stesso donatore. Inoltre, non sarebbe altresì presente una specifica disciplina sul diritto del nato da PMA di accedere ai dati del donatore, in caso egli voglia risalire alle proprie origini biologiche.

intenzionalmente determinata la nascita di più di un certo numero di bambini, onde ridurre il rischio che possano esservi nelle generazioni successive rapporti tra consanguinei; nonché prevedere – alla stregua della normativa spagnola in materia – che i donatori abbiano almeno diciotto anni di età e siano in buone condizioni psico-fisiche, accertate da esami clinici volti soprattutto ad escludere malattie ereditarie o infettive trasmissibili al nascituro.

2. L’auspicabile tramonto del c.d. “turismo procreativo”.

In ragione del divieto assoluto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo previsto dall’art. 4, comma 3, L. n. 40/2004, molte coppie italiane sono costrette a recarsi all’estero, in quei paesi dove la fecondazione eterologa è ammessa, affrontando sia il disagio psicologico ed emotivo di allontanarsi dal luogo degli affetti per ottenere ciò che in Italia è concesso soltanto alle coppie con meno gravi forme di infertilità, sia il rischio di essere contagiati da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli ed informazioni.

Si legittima, così, il c.d. “turismo procreativo”, che mette a repentaglio la stessa integrità psico - fisica della coppia in violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana, in palese difformità ad un caposaldo della nostra Carta Costituzionale quale la tutela della salute, come diritto fondamentale dell’individuo ed interesse della collettività.

A ben vedere, il divieto di fecondazione eterologa vigente nell’ordinamento italiano opera una sorta di “doppia discriminazione”: in Italia, tra coloro che possono o meno permettersi di sopportare i costi

necessari per accedere ai trattamenti di PMA di tipo eterologo all'estero²⁵⁶, e nell'ambito di quest'ultima categoria di soggetti, tra coloro che dispongono di risorse economiche tali da consentire una scelta tra i centri di eccellenza cui rivolgersi e coloro che, al contrario, finiscono con l'essere costretti a rivolgersi a centri in cui non sempre vengono attuati seri controlli, con rischi ulteriori per la salute della donna che si sottoponga a tali trattamenti.

Nonostante sia caduto il divieto di inseminare più di tre ovociti e nei centri italiani di PMA si cominci ad eseguire la diagnosi genetica preimpianto sull'embrione, il fenomeno dei c.d. «viaggi dei diritti»²⁵⁷ non sembra destinato ad esaurirsi, residuando nella legge italiana il divieto assoluto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3, L. n. 40/2004.

All'interno dell'Unione Europea, i «viaggi dei diritti» sono espressione della libera circolazione delle persone e dei servizi²⁵⁸, che comporta la possibilità di ottenere servizi sanitari in uno Stato diverso da quello di

²⁵⁶ Con riferimento ai costi economici necessari per accedere ai trattamenti di PMA di tipo eterologo, secondo F. BORRELLO, *La procreazione eterologa. Poche norme, molti interrogativi*, in M. Dossetti - M. Lupo - M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, cit., 121, «permettere tecniche di tipo eterologo nel nostro paese, consentirebbe di lasciare che i capitali utilizzati dalle coppie per pagare i medici rimangano in Italia anziché essere trasferiti all'estero. Ovviamente, questa soluzione potrebbe avere un impatto positivo solo a condizione che i costi della procreazione eterologa non vengano sopportati dal Servizio Sanitario Nazionale, ma restino interamente a carico dei soggetti che vi ricorrono. In caso contrario, infatti, quei costi finirebbero per rimanere, almeno in buona parte, definitivamente a carico della collettività».

²⁵⁷ Si esprime in questi termini E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari - G. Ferrando - C. M. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., 1592. Si veda anche E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 64 ss..

²⁵⁸ Si vedano gli artt. 45 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in vigore dal 1° dicembre 2009. La situazione attuale è quindi di fatto la seguente: chi vuole ricorrere alla fecondazione eterologa può farlo con un breve viaggio all'estero, senza nemmeno varcare i confini europei; per di più, senza sanzioni.

appartenenza: ciò dovrebbe far riflettere sull'efficacia di divieti rigidi ma destinati ad essere ampiamente elusi²⁵⁹, oltre che sulle discriminazioni poste in essere tra chi può e chi non può sopportare i costi economici di una trasferta all'estero²⁶⁰.

Secondo i più recenti dati dell'Osservatorio sul Turismo Procreativo, aggiornati al luglio 2010, sono mediamente duemilasettecento le coppie italiane che ogni anno si recano all'estero per tentare di avere un figlio mediante il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo²⁶¹.

Per poter quantificare il fenomeno, l'analisi dell'Osservatorio ha preso in considerazione le mete più gettonate del turismo procreativo, monitorando trentasei centri esteri di PMA²⁶², da giugno 2009 a luglio 2010.

Ad ogni struttura sono state richieste informazioni relative alla presenza di italiani tra i pazienti ed il numero medio annuo di pazienti italiani in trattamento per fecondazione eterologa.

Le mete preferite dagli italiani restano Spagna e Svizzera, ma aumentano i viaggi verso la Repubblica Ceca²⁶³.

²⁵⁹ In generale, sull'esigenza che il diritto per la bioetica sia un «un diritto possibile», intendendosi per «norma giuridica possibile [...] quella che ha elevate chances di obbedienza spontanea e che può essere applicata coattivamente ai casi di disobbedienza», si veda P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 72.

²⁶⁰ Sottolinea il carattere intollerabile di tale discriminazione, tra gli altri, L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 21 ss..

²⁶¹ L'Osservatorio sul Turismo Procreativo – attraverso l'indagine “Migrazione procreativa”, presentata a Bologna – ha aggiornato, per la terza volta dall'entrata in vigore della L. n. 40/2004, i numeri di quanti si recano oltreconfine per accedere alle tecniche di fecondazione eterologa. Per un quadro completo e dettagliato, si veda A. SARNO, *Eterologa, i ricorsi si moltiplicano: nell'ultimo anno 2.700 coppie all'estero*, in <www.repubblica.it>, 26 novembre 2010.

²⁶² Sono stati monitorati i centri di PMA maggiormente frequentati dai pazienti italiani, situati in Austria, Belgio, Danimarca, Gran Bretagna, Grecia, Repubblica Ceca, Spagna, Svezia e Svizzera.

Incrociando i dati forniti dall'Osservatorio sul Turismo Procreativo con quelli risultanti da uno studio condotto dalla *European Society of Human Reproduction and Embriology* (ESHRE), si evince che oltre il 31% del “turismo procreativo europeo” è rappresentato da italiani. È, dunque, lecito affermare che due coppie italiane su tre si recano all'estero per accedere alle tecniche di PMA di tipo eterologo. E che, quindi, continueranno a doversi rivolgere altrove, almeno fino a quando la legge italiana non consentirà il ricorso a tali tecniche.

Il paradosso è che, se il divieto di cui all'art. 4, L. n. 40/2004, rimarrà immutato, le coppie costrette a valicare i confini nazionali per ricorrere alla fecondazione eterologa saranno sempre e soltanto quelle affette dalle patologie più gravi, per le quali il ricorso alle tecniche di PMA omologa non

²⁶³ Dallo studio è risultato che la Spagna è la meta preferita dagli italiani: nei nove centri contattati sono risultate più di millequattrocento coppie italiane in corso di trattamento per fecondazione eterologa. In questi centri pesa molto la capacità degli operatori sanitari, e non solo, di parlare italiano. Le coppie “censite” in Spagna ricercano in prevalenza l'ovodonazione.

Il secondo paese prescelto per accedere alle tecniche di PMA di tipo eterologo è la Svizzera, dove le quattro principali cliniche contattate hanno segnalato circa settecento utenti italiani all'anno.

La Repubblica Ceca sta diventando una meta sempre più ambita: i quattro principali centri del paese ricevono oltre duecentocinquanta coppie italiane ogni anno. Incidono i costi ridotti, la presenza di personale che parla italiano ed una legge che consente la donazione non solo di gameti (maschili e femminili) ma anche di embrioni.

Circa centocinquanta italiani, invece, si recano annualmente in Danimarca dove la legge consente la donazione di spermatozoi ed ovociti sia alle coppie coniugate che a quelle conviventi, ma non la donazione di embrioni. Stessa legislazione in Svezia, dove non si registrano più di dieci coppie all'anno.

In Austria si recano mediamente ogni anno circa settanta coppie italiane (in prevalenza dal Nord Est) per beneficiare della donazione di seme nei cinque centri principali di PMA. Stessa dimensione ha il fenomeno in Belgio nelle tre principali cliniche che praticano la fecondazione eterologa, mentre la metà circa – una trentina di coppie, provenienti soprattutto dal Sud Italia – si sposta fino in Grecia dove la legge consente a persone sposate o conviventi di accedere a donazione di seme, di ovociti e di embrione.

è sufficiente e l'unica speranza di avere un figlio è rappresentata dalla possibilità di rivolgersi a centri di PMA stranieri; e ciò, nonostante molte strutture italiane siano in grado di garantire elevati *standard* di sicurezza e qualità anche per i trattamenti di procreazione eterologa.

BIBLIOGRAFIA

ARNOLD R., *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in E. Casonato - C. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 10 ss..

AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Il quadrimestre*, 1986, 1.

BALDINI G., *Procreazione assistita eterologa e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della CEDU*, in <www.dirittifondamentali.it>, 8 maggio 2012, 45 ss.;

- *Le nuove frontiere del diritto di generare: ius generandi e fecondazione artificiale fra libertà e limiti*, in G. Baldini - G. Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, 28 ss..

BALESTRA L., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 77 ss. ed in *Famiglia*, 2004, 1097 ss.;

- *Inseminazione eterologa e status del nato*, in *Giur. it.*, 1999, 461 ss..

BARBERA A., *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA. VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive, Atti del Convegno di Studi tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005*, Fasano, 2005, 341 ss..

BARTOLI R., *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 90 ss..

BARTOLUCCI R. - MIRABELLI F., *Volando con le cicogne. Storie di coppie infertili prima e dopo la nuova legge*, Perugia, 2005.

BIANCA C. M., *La famiglia. Le successioni, Diritto civile*, II, 4^a ed., Milano, 2005;

- *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, 1324 ss..

BISCONTINI G., *Considerazioni brevi sull'inseminazione artificiale*, in G. Biscontinini - R. Favale - L. Ruggeri, *Interruzione volontaria della gravidanza e procreazione assistita*, Camerino, 2001, 127 ss..

BORRELLO F., *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2010, 947 ss.;

- *La procreazione eterologa. Poche norme, molti interrogativi*, in M. Dossetti - M. Lupo - M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 115 ss..

- BOVA R. M., *Indennità di espropriazione: L'Italia condannata dalla CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 541 ss..
- BUSNELLI F. D., *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 263 ss.;
- *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 583.
- CAMINITI E., *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2012, 298 ss..
- CAMPIGLIO C., *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà - P. Zatti), II, Milano, 2011, 1497 ss.;
- *Procreazione assistita: regole italiane ed internazionali a confronto*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 531 ss.;
- *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003.
- CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 418;
- *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori e opzioni ideologiche*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 57 ss., ed in *Ind. pen.*, 2000, 1091 ss..
- CAREDDA V., *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, 265 ss..
- CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss..
- CASABURI G., *Legge n. 40/2004: ultimo atto? Il divieto di PMA eterologa alla Consulta*, in *Corr. merito*, 2011, 35 ss..
- CASINI C. - CASINI M. - DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004.
- CASTELLANETA M., *Fecondazione eterologa: il divieto è incompatibile con la Convenzione europea*, in *Fam. e minori*, 2010, 5, 81 ss..
- CATALANO S., *Trattato di Lisbona e adesione alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia - M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 241 ss..
- CAVAJONI C., *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. Dossetti - M. Lupo - M. Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 97 ss..
- CELOTTO I., *I Giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze nn. 348 e 349 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 41 ss..

CERRI F., *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est?*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1219 ss..

CHIEPPA R., *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità*, in *<www.federalismi.it>*, *Riv. dir. pubbl. it. comunitario e comparato*, 2012, 9, 72 ss..

CHISTOLINI M., *Conoscere la propria storia assicura ai piccoli una crescita armonica*, in *Fam. e minori*, 2009, 3, 80 ss..

CIANI G., *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del divieto di disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 della S. C.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 1113 ss..

CONTI R., *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. giur.*, 2010, 624 ss..

CORRAL H., *La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 79 ss..

CORTI I., *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Ferrando), vol. III, Bologna, 2007, 494 ss..

COSTANTINI M. P., *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e risvolti in Italia*, in M. D'Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012, Milano, 145 ss..

D'AMICO M. - ALESSO I. - CLARA M., *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Milano, 2010.

D'AVACK L., *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 815 ss.;

- *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviavano la questione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 40 ss.;

- *Diritti del minore e procreazione medicalmente assistita*, in L. Palazzani (a cura di), *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2010, 59 ss.;

- *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009.

DE FILIPPIS B., *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Padova, 2011.

DIURNI A., *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 409 ss..

DOGLIOTTI M., *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore ad una famiglia*, Milano, 2002;

- *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 185 ss..

DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004.

DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari - G. Ferrando - C. M. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1537 ss.;

- *Il divieto di fecondazione eterologa ... in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, 353 ss.;

- *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008;

- *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 448 ss..

DONATI F. - MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65 ss..

DOSI G., *Procreazione assistita, finalmente una legge: ma quanti limiti!*, in *Dir. e giust.*, 2003, 46, 13 ss..

FERRANDO G., *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 520 ss.;

- *Il divieto di fecondazione eterologa. Genitori per scelta*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 95 ss.;

- *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, 813 ss.;

- *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999.

FLAMIGNI C., *La procreazione assistita*, 2^a ed., Bologna, 2011;

- *Postfazione. Una proposta per il futuro*, in M. D'Amico, I. Alesso, M. Clara, *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Milano, 2010, 133 ss.;

- *Il primo libro della sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, Torino, 2008.

FLAMIGNI C. - MUTINELLI P., *Curare la sterilità. Etica, deontologia e psicologia nella relazione medico - paziente*, Roma, 2001.

FORDER C., *La procreazione medicalmente assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. Dir.*, 1999, 351 ss..

FURGIUELE G., *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 260 ss..

GAMBINO A. M., *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Atti del seminario svoltosi a Roma il 2 aprile 2012*, Torino, 2012, 41 ss..

GAZZONI F., *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, 2005, 168 ss..

GENTILOMO A. - PIGA A. - NIGROTTI S., *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005.

GORASSINI A., voce *Procreazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1987, 944 ss..

GRASSO L. - ROBERTI M., *In tema di rapporti tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1263 ss..

GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 3574 ss..

LAMARQUE E., *Gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955;

LAMBERTUCCI F., (voce) *Depenalizzazione*, in F. C. Palazzo - C. E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 674 ss..

LIBERALI B., *Fra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale: quale spazio per un'interpretazione conforme?*, in M. D'Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012, Milano, 114 ss.;

- *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 774 ss.;

- *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 556 ss..

LOSAPPIO G., *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, 659 ss..

MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino «convenzionale» della Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012.

MANNA A., *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 354 ss..

MANTOVANI M., *La filiazione legittima e naturale*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. II, Milano, 2012, 37 ss..

MELI M., *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14 ss..

MODUGNO F., *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Procreazione assistita, problemi e prospettive*, *Atti del Convegno di Studi tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005*, Fasano, 2005, 249 ss..

MOLASCHI B., *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparativo tra Italia e Inghilterra*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 524 ss..

MORETTI M., *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da G. Bonilini - G. Cattaneo), vol. III, Torino, 2007, 277 ss..

MORI M., *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, Bari, 1995.

MORRONE A., *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ord. n. 150/2012 della Corte Costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2012, 138 ss. ed in www.forumcostituzionale.it, 19 luglio 2012.

MILAN G., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1994.

MUSIO A., *Misure di tutela dell'embrione*, in P. Stanzione - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 205 ss..

NADDEO F., *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzione - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 37 ss..

NICOLUSSI A., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 65 ss..

NICOSIA E., *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2012, IV, 209 ss..

NIELSEN L., *The right to a child versus the right of a child*, in J. Eekelaar - P. Sarcevic (a cura di), *Parenthood in modern society: legal and social issues for the Twenty-First Century*, Boston, 1993, 213 ss..

OPPO G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 103 ss..

OSTI A., *Il caso S. H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 13 ss..

PACINI M., *Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 39 ss..

PALAZZANI L., *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico - giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 746 ss..

PALMARO M., *Fecondazione artificiale eterologa: le ragioni etico giuridiche di un divieto*, in F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Atti del seminario svoltosi a Roma il 2 aprile 2012*, Torino, 2012, 119 ss..

PALMERINI E., *Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di cesarian sections e giudici inglesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 581 ss..

PATTI S., *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 121 ss.;

- *Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 206 ss..

PENASA S., *Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'art. 8 della CEDU*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2012, I, 88 ss..

PICIOCCHI C., *La disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento francese*, in E. Casonato - C. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 106 ss..

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss..

PORRACCIOLO A., *Nuovo rinvio alla Consulta sul divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Fam. e minori*, 2011, 5, 46 ss..

REPETTO G., *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2069 ss..

RISICATO L., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008;

- *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 676 ss..

RIZ R., *Bioetica. Fivet. Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, 465 ss..

RODOTÀ S., *Lo spiraglio della Corte*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2012, 31;

- *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995;

- *Strategie per legiferare in bioetica*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1994, 122 ss.;

- *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1994, VII ss.;

- *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 140 ss..

ROMBOLI R., *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della CEDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consulta on line*, <www.giurcost.org>, 26 febbraio 2013;

- *Nota a Corte Cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150*, in *Foro it.*, I, 2012, 2263 ss..

RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta on line*, <www.giurcost.org>, 12 giugno 2012.

RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009.

RUSSO E., *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 5 ss..

SALANITRO U., *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. e dir.*, 2010, 981 ss.;

- *Il divieto di fecondazione eterologa*, sub *Art. 4, L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Della Famiglia* (a cura di L. Balestra), Torino, 2010, 534 ss..

SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004;

- *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984.

SALERNO G. M., *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, 42, 73 ss..

SARNO A., *Eterologa, i ricorsi si moltiplicano: nell'ultimo anno 2.700 coppie all'estero*, in <www.repubblica.it>, 26 novembre 2010.

SCARPELLI U., *Bioetica laica*, Milano, 1998.

SCHLESINGER P., *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento*, in *Corr. giur.*, 1999, 401 ss..

SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali ed intervento legislativo*, Napoli, 2010.

SCIANCELEPORE G., *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. Stanzone - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 1 ss.;

- *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in P. Stanzone - G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 126 ss.;

- *Commento a Trib. Cremona 17 febbraio 1994*, in *Corr. giur.*, 1994, 633 ss..

SCIANCELEPORE G. - STANZIONE P., *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001.

SCIARABBA V., *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

SCODITTI E., *Il dialogo tra le corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 123 ss..

SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2009.

SIMONELLI C., *Concepimento senza sessualità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1449 ss..

TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 158 ss..

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012.

TRIMARCHI M., *Proprietà ed indennità di espropriazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1039.

VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà - P. Zatti), II, Milano, 2011, 1517 ss.;

- *La procreazione assistita*, Torino, 2004.

VIOLINI L., *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni cost.*, 2010, 632 ss..

WARNOCK M., *Introduzione a A question of life*, trad. it., in G. Ferranti - S. Maffettone (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Napoli, 1992, 293 ss..

ZATTI P., *Verso un diritto per la bioetica*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 72 ss..